

كتاب المبسوط

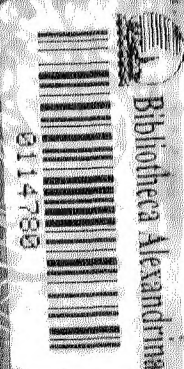
لشمس الدين السرخسي
المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جريّة

الجزء الثامن

١٥-١٦

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



0114780

كِتَابُ
الْمَبْسُوطِ
لِشَمْسِ الدِّينِ السَّرْجِسِيِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٤٩٠ هِجْرِيَّةً

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٩٩٣ هـ - ١٤١٤ م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلکس: Le 41245 Nasher

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨٥٥٧٣

فاکس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢ - ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣

كِتَابُ المَبْسُوطِ

لِسُتَمْسِ الدِّينِ السَّرْحِيّ

المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جَرِيَّة

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جاعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الخامس عشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القسمة

(قال الشيخ الامام الاجل لزاهد شمس الاثمة وغفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املأ القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طالب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة الموارث وغير ذلك والناس يعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طالب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته الى ذلك وفي القسمة شيان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مراجعة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث يسير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم جبريل على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوابه واعلم أن خير كانت ستة حصون الشق والنطاة والكتيبة والسهل
 والعموس والوطيخة إلا أن الأموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق والنطاة
 والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صالحا على ما روى أن كنانة من
 أنى الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما افتتح منها كان لرسول
 الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله
 سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالضرورة بالقاء الرعب في قلوب أعدائه قال صلى الله
 عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر وإلى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على
 رسوله منهم إلى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
 تلك الحصنة مع الخمس في الشطر وقسم الشطرين الغنائمين وقد فسر ذلك محمد بن إسحاق
 والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خير على ثمانية عشر سهما
 جميعا وكانت الرجال اثنا واربعمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل فكان على
 رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السها على مائة وكان عاصم بن عدي رضى الله عنه على مائة
 وكان القاسم في النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت
 الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعطايه وكان أول سهم
 خرج من النسق سهم عاصم رضى الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث
 إلى آخره فهذا الحديث يبين معنى الحدث الأول ففي الحديث الأول ذكر الشطرين وأن
 أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفي الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الغنائمين
 أنه قسم على ثمانية عشر سهما وفيه دليل على أن الإمام في الغنائم قسمين قسمة على العرفاء
 وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على الرؤس الذين هم تحت كل راية وأما يفعل ذلك لأن
 اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء على الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة
 ثم لم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم
 ابن عدي رضى الله عنه فقل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ما كان يساوى اسمه
 اسم في المزاخمة عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضى الله عنه أولا لان فيه
 سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة
 في الجملة فيتحرز من ذلك فان في الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة (الآرى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدلل أبو يوسف ومحمد في أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لأنه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل ربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجال قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال عارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أي بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وأنه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل أنه لا بأس باستعمال القرعة في القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نبيه صلوات الله عليه عن القمار فدل أن استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا فقيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالأولى له أن يحتسب ولا يأخذ كنفائته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له وببانه بما روى عن عمر رضي الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضي المسلمين أجرا ولا الذي على الغنائم ولا الذي على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فلا يستتجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر على القضاء وإن شرط ولكن مراده الكفالة التي يأخذها القاضي من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستغفف وقد بينا الكلام في هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضي والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجد كالقاضي لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استتجاره على ذلك إن لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث إذا كان له نصيب في ذلك فاستتجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استتجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيى بن جزار أن عبد الله بن يحيى كان يقسم لعل رضي الله عنه الدور والأرضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضي وجواز الاستتجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه إلى اليمن فأتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابني فأقرع بينهم ونقض بالغلام للذي خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوي فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدري أما حكم الخمس في الركاز فقد بيناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصير على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولنا تأخذ بذلك أن فعله هذا كان بمدح حرمة القمار أم قبله وأنه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أولم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وانما رجع في القضاء لترجيح في حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لا لأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضي القاضي لساحب الطيلسان وما ذكر في آخره من أنه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالجلى الحر لا يقوم بالدية وإن كان هذا الغلام مملوكا لم أو من جارية مشتركة بينهم فافترار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فإن الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصه الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضع الذي يجب كإحدى الشركاء في العبد إذا قبله إلا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدوى فكانه لم يتكلف لذلك لعله أن هذا ليس بحكم مأخوذ به فهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن إبراهيم قال خاضعت أخى إلى الشعبي في دار صغيرة أريد قسمتها ويأتى ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه فخط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وإن أبى ذلك بعضهم لأن الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وانما بينى القاضي قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لأن الطالب هنا متعنت فإنه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الأرض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذى يأتى القسمة منهما فيما يحتمل لأن مقدار الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كفحص قطاه بنى الله بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله آجرة القسام إذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لأعلى مقدار الانصباء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن أبي

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم علي وجه
النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيل والوزان ان استأجروا ليفعل ذلك فيما هو
مشتراك بينهم وهذا لان المقصود بها بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه
ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان انهم مقابل
بالنعم ثم النعم بين الشركاء علي قدر الملك يعنى الثمار والاولاد فكذلك النعم عليهم بقدر الملك
ولاي حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الاجر
عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصاء وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الاجر بالمساحة
ومد الاطناب والمشي علي الحدود فانه لو استعاز في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر
اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الاجر بالقسمة وهي تميز نصيب كل واحد منهم ولا
تفاوت بينهم في ذلك فكما تميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل تميز
نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل
أكبر والحساب لا يدق اذا استوت الانصاء وانما يدق عند تفاوت الانصاء وتزداد دقته
بقلة بعض الانصاء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أسوأ من تميز نصيب صاحب الكبير
ولكن لا يمتد ذلك لان التميز حصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد
فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لا بقاء الملك وحاجة الكبير الي
ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر
لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيل والوزان فقد قال
بعض مشايخنا هو علي الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيل والوزان بمنزلة
القسام والاصح أن أبا حنيفة رضى الله عنه يفرق بينهم فانقول هنا انما لا يستوجب الاجر
بعمله في الكيل والوزن ألا تري أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله
في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل حافل
يعرف أن كل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقدرة فلهذا كانت الاجرة عليهم بقدر
الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقسام الارضين رزقا من بيت المال حتى لا
يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له يقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء
فالقضاء فرض هو عبادة والقاضى في ذلك نائب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسمة

ليست من ذلك في شيء ولكنها تصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فن
هذا الوجه القسام نائب عن القاضى فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن
حيث ان عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب
للقاضى في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضى وكذلك ما ذكر بمده من حديث شريح
رحمه الله ومالى لا أرتزق استوفى منهم وأوفىهم أصبر لهم نفسى في المجلس وأعدل بينهم في القضاء
فقد بينا ان شريحاً رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ما روى ان عمر رضي الله عنه
كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في
كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح
في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسى عن أشغالى لعمل المسلمين فأخذ كفايتى من مال
المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات
للعاممين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء وذ كر
عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه
قالت عائشة رضى الله عنها فاصابتنى القرعة في السفرة التى أصابنى فيها ما أصابنى تريد به
حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها في التسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله صلى
الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان
يقرع بينهن تطيباً لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع ورحمهم
الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لا بدائه بالقسم لان له أن يبدأ
بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطيباً لقلوبهن ونفياً لتهمة الميل عن نفسه وانما أورد الحديث
للحكم المذكور بمده أنه لا بأس للقسام أن يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضى
وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق
الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى
النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالالزام الذى كان بمادة
أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكنها تركنا بالسنة
والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير
منكر ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى مالا يليق بالأنبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكرنا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحرار في ضم مريم عليها السلام إلى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لأن خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطيباً لقلوبهم قال الله تعالى اذ يقولون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم إن كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه وليس لبعض الشركاء أن يأتي ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرجت السهام كلها إلا واحداً لأن التميز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الإيجاب قبل قول المشتري فاما إذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة لأن نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة هـ دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضها على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لأنه يعتبر في القسمة المعادلة في المصلحة والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصه تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فإن متقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وإن قسموا الأرض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكلك وكذلك إذا قضى القاضي به لأن المعادلة في الأرض باعتبار المساحة تنسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الأبنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون عدل وإذا جاز قسمة السهل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لأن البناء والأرض تتناولهما قسمة واحدة وإذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الأرض أيضاً كما هو الأصل في العقد

الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل ولكننا استحسننا وجوزنا هذا للمعينين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما في طريق القسمة فاعتبروا في الارض المعادلة في المساحة وفي البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفي ذلك تصح القسمة في احديهما قبل ظهور المساحة في الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة في الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثاني) أن حكم القسمة في الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمة فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة في الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمننا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضي منهم لم يمنهم القاضي من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقي في أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا في ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضي أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضي لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البيئة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن في يده شيء فقلوه مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه في ذلك وليس هنا خصم ينازعه فلا حاجة لهم الى اقامة البيئة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضي أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمهم القاضي بطلبهم وأشهدوا أنه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعي لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت في أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار أيديهم فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان في أيديهم دار فاقروا انها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضي قسمتها أجابهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك في الميراث اذا لفرق بينهما لانهم في الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جازله أن يعتمد القسمة

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولا بى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم
 في أن قضاء القاضى هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة
 عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما)
 أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل أن حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى
 يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة يتقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما
 يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه (والثاني) أن القاضى يثبت له
 الولاية على الميت فى تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت
 فهم يخبرون القاضى بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك
 أمر وراء أيديهم فلا يكون قولهم فى ذلك حجة فيكأنهم اقامة البينة على ذلك وتقبل
 هذه البينة من غير خصم لأنها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضى فى حق من هو عاجز عن
 النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بأنفسهم لأن فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض
 لأن معنى النظر للميت هناك فى القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشى عليها الذوى
 والتلف وفى القسمة تحصيل وحفظا لها فاما المقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف فى القسمة
 قضاء على الميت يقطع حقه عنها (والثاني) أن فى العروض ما يأخذ كل واحد منهم بعد القسمة
 يصير مضمونا عليه بالقبض فى حق غيرهم فى جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت
 وذلك لا يوجد فى المقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبى حنيفة رحمه الله
 وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لأن القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى
 الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم فاما فى الشراء فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى
 غير الاصول أن القاضى لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق
 نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمة فى المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لأن
 مد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولأنه لا يثبت للقاضى
 الولاية على الغائب بالتصرف فى أمواله فهم ما أخبروا القاضى بثبوت ولايته على البائع الغائب
 بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لآبى حنيفة أنه لا يمكن من القضاء بالقسمة
 حتى يقضى بموت المورث ويتعاق بموته أحكام غير مقصودة على ما فى أيديهم من وقوع التفريق
 بينه وبين زوجته وعق أمهات أولاده ومسدراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة فى شئ

من ذلك فلا يشتغل القاضى بالقسمة حتى تقوم البيئة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف
 العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة في العروض تجري بين
 المودعين للحفاظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما في العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك
 الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسألة الشراء برواية النوادر لانه لا يمكن
 من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا
 فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائبا في
 حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار في أيدي الكبار
 الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البيئة على
 أصول الموارث لانها لما لم تقسم في الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففي هذا الفصل
 أولى أن لا يقسم لان في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلى قول أبي يوسف ومحمد
 يقسمها بينهم ويدل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان
 الغائب والصغير على حجتهما كما في الفصل الاول لان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس
 في هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور
 نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر في
 حق الغائب والصغير وللقاضى هذه الولاية وان كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب
 لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البيئة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على
 الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان
 في يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضى
 أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلماذا لا يقسم حتى تقوم البيئة فاذا قامت البيئة قبلها القاضى
 لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى في تركه الميت ولان الورثة يخافون الميت في الميراث فينتصبون
 خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركه عن هذا فان الورثة يكثر
 وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البيئة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر
 والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضى اثنان من الورثة والعقار في أيديهما وأقاما البيئة
 على أصل الميراث فان القاضى يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه
 لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه وإذا كان الحاضر واحدا
 لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما عن نفسه
 فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من
 يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثاني
 أن الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم في طاب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه
 من ينتفع بماله حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بمالي غيري فاذا حضر اثنان
 فكل واحد منهما يطالب القسمة ليسأل القاضي أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك
 مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضي ولاية النظر للصبي في
 نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكانه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر
 بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعى والآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر
 عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة
 على الشراء حتى يحضر الغائب لان في الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط
 حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد في الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء
 فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن
 الغائب لان النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولا يجوز
 القضاء على الغائب بالبينة اذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما في الميراث لا يثبت للورثة ملك
 متجدد بسبب حادث وانما ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا
 يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقاتلهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما
 عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا
 وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام
 البينة على الموارث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما
 عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصي له بذلك عليهم واذا قبلت بيئته قسمت الدار
 بينهم على ذلك ولو أن بيتا في دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير
 لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه القاضي بينهما لان الطالب للقسمة بينهما امتنع
 فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التمتع والاضرار بشريكه فلا يجزية القاضى الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان في قسمته ضررا والمقصود بالتسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفي الحائط والحمام تقوت المنفعة بالتسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد التسمة كما كان ينتفع قبل التسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على ائلاف الملك لم يمنعهم من ذلك في الحكم فكذلك اذا تراضوا التسمة فيما بينهم فان كانت دار بين رجلين ولا أحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير التسمة قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك ان كان سائر الشركاء لا ينفعون بانصابتهم الا هذا الواحد الطالب للتسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد التسمة وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد التسمة لان المقصود بالتسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر في التسمة المعادلة بين الشركاء في المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد التسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد التسمة ولنا أن الطالب للتسمة يطلب الانصاف من القاضى ولا يتعمت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضى أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للتسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعمت في طلب التسمة والقاضى يجب التمتع بالرد بوضحه أن بعد التسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير فيصير هذا في حقه وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد التسمة سواء والحاكم في المختصر (قال) اذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيها طالب التسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب التسمة وصاحب الكبير ينتفع بالتسمة فيقسمه القاضى بينهم لهذا وليكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضى واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطالبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة في القسمة سواء لأنها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم في ذلك سواء وإذا اقتسم الرجلان دارا ورفعها بينهما طريقا فهو جائز لأنهما قسما بعض المشترك وبقيتا شركتهما في البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولأن المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وإنما يتم ذلك إذا رفعها طريقا بينهما وما يرجع الى تميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتهما وإن كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر ينبغي أن يبين ذلك في كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لأنه بقي في موضع الطريق ما كان لهما من الشركة في جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لأنهما إذا لم يبين ذلك فربما يدعي صاحب الأقل المساواة بينهما في رتبة الطريق ويحتج على ذلك بأنه مساو في استعماله بالطرق فيه وإنما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغي أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما وإذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فاراد أن يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له مأصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وإن لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع إيجاب الملك وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد المالكين من الآخر وإن يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلذلك لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع

فمنذ ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدنا ذلك فاما في القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التميز في أن لا يلقى لاحدهما في نصيب الآخر طريق مسيل ماء ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق - طمحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى ميرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشتري وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما في القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتتحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك علي أنهما قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلها أن القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر ميرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة فان قيل فلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعنا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن ينزعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

مشارك بينهما وكما أن أسفله يمر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وإنما يريد أن يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك إنما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذرا عين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات في البلدان فقال إنما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منمتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعه واحدة وهي منفعة السكنى فانه لو أراد أن يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعة من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبني على علوه إذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا في السفل إذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل أن صاحب العلو يبني على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف في ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال يتيين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يتحقق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل يحفر السرداب يتصرف في الأرض وهي خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبني على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثاني أن كان لا يتبين في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضا صاحب السفل ومحمد في هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لأن العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء تيسر ولأن في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع
تكثر الندوة في الأرض يختار العلو عن السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار
السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة
فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة في فصلين أحدهما أن يكون
بينهما سفلى علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجعل
بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا سفله علو وسفل لا علو
له بأن كان العلو لغيرهم وعلو لا سفلى له فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل بأزاء مائة ذراع من العلو
الذى لا سفلى له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثامن البيت الكامل وبأزاء مائة ذراع من السفلى الذى
لا علو له ستة وستين ذراعا وثلاث ذراعا من البيت الكامل لأن العلو عنده مثل نصف السفلى
كما في الفصل الأول وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل بأزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل
مائة ذراع من السفلى الذى لا علو له ومائة ذراع من العلو الذى لا سفلى له لأن السفلى والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون
منها علو ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى وإذا كانت الدور بين
قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأتى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار
يبنون على حدة ولم يضم بعض انصباهم الى بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبي حنيفة
رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى في ذلك الى القاضي وينبنى أن ينظر في ذلك
فإن كانت انصباهم أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لأن المعتبر في القسمة
المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل
واحد منهم لتفرق نصيبه وإذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار
وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فيمضى قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه في
الجهادات على ما يؤدى اليه اجتهاده ولأن الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو
السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالنعم والنياب المروية الا أنها متفاوت
منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه نسبة البلدان الاجناس
المختلفة فعند أمارض الأدلة الرأى للقاضى فيرجع بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول
الدور أجناس مختلفة بدليل انها لا تثبت صداقا بمطابق التسمية حتى اذا تزوج امرأة على دار فهو

بمنزلة ما لو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلًا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام
الجنس جملة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم
قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء على ذلك وهذا لان في الأجناس المختلفة معنى المعاوضة
يغلب على معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك
داخل تحت ولاية القاضى ففي الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل
واحد منهم في أمكنة متفرقة فاذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم
كل ذراع على حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون في أمكنة متفرقة
بعد القسمة كما كان قبلها المقتضود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الاستفاد بملكه فلا بد
من اعتبار المعادلة في المنفعة والتفاوت في المنفعة في الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف
البلدان وباختلاف الحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط
وبالبعد عنه والظاهر أنه يعمد عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة
كل دار على حدة أعدل ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت
متفرقة أو متلازمة لا يقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة
سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لانها تتفاوت في منفعة السكنى فاليست إسم استفاد
واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة (الأتري) انها تؤجر بأجر واحد في كل محلة فتقسم
قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة
وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة على حدة سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها
في أقصاها وبعضها في أدها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في منفعة
معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور
من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل
في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما في
الفصول كلها يقولان ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فتعضى القسمة على ذلك ولو اختلفوا
في قيمة البناء فتسال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها على الدراهم
والصحيح أن القاضى يجعلها على الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث
والثابت لقاضى ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا في

محل ولايته واذا جعل ذلك على الدراهم كان ذلك تصرفاً منه وراء محل ولايته وربما لا
 يقدر كل أحد على تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضي أن يكلفه ذلك توضيحه أنه اذا
 جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء في نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان
 كان يخرج بنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الى
 خروج الدين منه فتعذر المعادلة بذلك واذا جعل ذلك على الذرع يتعجل وصول نصيب كل
 واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لمضهم على بعض فهذا أولى الوجهين واذا أئذر عليه
 اعتبار المعادلة على الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك
 الا أن يصطاحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمة على الدراهم محض المعاوضة
 وهو يبيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضي
 ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة
 والضرورة فيتمدى اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق في
 الكثير كما تتحقق في القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة
 الارض فتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة
 لأحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء
 تقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يحمل القسمة في البناء على الدراهم وهذا
 لان ولاية القسمة تثبت له فلا يمتدى فيتمدى ولايته الى ما لا يتأتى له القسمة الا به كالجد
 مع وصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف في المال الى
 الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف في المال ثم له ولاية التسمية في الصداق
 باعتبار ثبوت الولاية في التزوج ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم يرفع طريقاً يبتنا وقال
 بعضهم لا يرفع نظريه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقاً يفتحه في نصيبه قسمة
 بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بينهم لان المقصود بالقسمة
 توفير المنفعة على كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم
 لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقاً بطلب القسمة في جميع
 المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة في المنفعة فيجيبه القاضي الى ما التمس واذا كان لا
 يستقيم ذلك ففي قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

والقائل لا يرفع طريقا في هذا الموضع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطلاب أجابه القاضي الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقة جمل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لا فائدة في جمل الطريق أعرض من باب الدار لانه ما لم يدخل الحمل من باب الدار لا يحمله في ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يحمل الطريق بينهم على عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع الآخر ووقعت القسمة على أن يكون هكذا أولم يذكر ذلك في القسمة فانه يترك على حاله لانه وجد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الآن يشترط قلع الجذوع عنه فينبذ يجب الوفاء به للحديث الشرط أملاك وكذلك لو كان أزج وقع على حائط على هذه الصفة أو درجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف على نصيب الآخر فاراد صاحب السفلى أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان في حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألا ترى انه لو أصاب أحدهما بيت علو والآخر السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان في ساحة غيره وان كان بحيث لا يمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أو تفرغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لا يجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذ هو لا ينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكرني رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره على قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره في ملك الغير بسبب من الاسباب وذكرني سماعه عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

الشجرة باغصانها فترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة
واذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في
هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له في المقصورة لانه يقدر على أن يجعل
طريقه في حقه من غير ضرر والقسمة لتمييز نصيب احدهما من نصيب الآخر ونعم التمييز
اذا لم يبق لاحدهما حق في نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة
عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة في القسمة بأراد أن يبني فيها ويرفع بناء وأراد الآخر
منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ملكه والساحة
حق خالص له وللانسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يشاء له وليس للجار ان يمنعه عن
ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف في خالص ملكه أرايت لو
أراد أن يحمل فيها راحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من
تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالنيران لا ترى
أن من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب
الحوانيت يتأذون بفبار سنابل الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها
في حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقي أرضه وليس لجاره أن
يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئر فمرقنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه
وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلي الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام
يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق ديننا ولكنه لا يجبر
علي ذلك في الحكم والحيلة للجبار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن
نفسه ويحول بينه وبين مقصوده على ما حكى أن رجلا جاء الى أبي حنيفة رضي الله عنه فقال
أن جاري اتخذ مجمة بجانب حائطي فقال اتخذ أنت أتونا بجانب الحائط ليذيب هو ما يجمع
من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بناءه بابا أو كوة فتأذى
بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص
الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبني في ملكه
ما يستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين
والجارين ولو اتخذ رجل بئرا في ملكه كرياضا أو بالوعة أو بئر ماء فزمنها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه في خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدي في هذا السبب والمسبب اذا كان غير متعدي في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان في بئر هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوق لاحدهما حائط للظاهر منه على أجرتين وأسه على أربع وقد دخل في نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك ما دخل فيه من أس حائط لم يكن له ذلك وانما له مظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فالما الاس الذي ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لا حائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذا قسم الشريكان دارا أو دارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألا ترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم في دار واحدة معنى التميز في القسمة تغلب على معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لا تستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان في القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما لا تفويتها واذا اصطلح الرجلان في القسمة على ان أخذ أحدهما دارا والآخر منزلا في دار أخرى أو على ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو على ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أو على ان أخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أو ما اشبه ذلك من الاصطلاح في الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا دبا في شيء مما تناوله تصرفه ولو اصطلاحا في دار واحدة على ان يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضي فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم بإدلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لا يقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لا يتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالأرض ولان هذا في معنى بيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء في أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شيء من العوض

فهو اجارة فاسدة شرطت في بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض فهو اعارة مشروطة في
 في البيع واذا كانت الدار في طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقسمها أهلها على أن يفتح كل
 انسان منهم في ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منهم . من ذلك لان كل واحد
 منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منهم عن
 ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن
 لاهل الزقاق منهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور في هذا الطريق
 الى أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفي حق نفسه ولا يريد
 الزيادة على ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها في دار مشتركة ليس لاهل المقصورة
 فيها الا طريقهم فاقسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه في الدار
 العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا في موضع معلوم من عرصه الدار فهم يريدون
 هذه الزيادة في ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منهم من ذلك
 ومن أصحابنا من يقول لا ينعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص
 حقهم وانما ينعون من التطرق في غير الموضع المعروف طريقا لهم في صحن الدار ولكن
 في ظاهر الجواب قال ينعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل
 واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا في صحن الدار ويستبدل على ذلك بالباب المركب
 وقد يعتمد ذلك بعض القضاة في فصل الحكم به فلماذا منعوا من فتح الابواب ولأهل الدار
 أن يبنوا ما بدا لهم في صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار
 العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من
 صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل المقصورة
 ما بدا لهم من الابواب في ذلك الموضع لانهم يفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة
 على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فوقعت
 هذه الدار في قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا في هذا الطريق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه
 لا طريق لهذه الدار فيها فساكنها يريد ان يفتح بابا في طريق لنفسه في طريق مشترك الشركه فيها خاصة
 والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه في ملك الغير فكذلك
 في الطريق الخاص وان اشترى الذي اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها في

مقصورة ثم يمر في ذلك الطريق المشترك فله اذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل في حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار ان يتطرق في هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له ان يتطرق فيه من المقصورة لان صاحب المقصورة ان يرضى بتطرقه فها هو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك في ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له ارض بجانب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجانب ارضه ارض اخرى واراد ان يسقي الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء في ارضه لم يكن له ذلك وفي الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه في هذا النهر مقدار ما يسقي به ارضه فاذا سقى به ارضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفي الطريق هو الذي يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفي نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالتقسمة في هذا كالبيع وقد بينا في كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبي حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان منتحيا في الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك في القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشارك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشيء لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لم يسم منها نفس البناء لاحق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالتقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وتدين أن في هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الجمولة فالتقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل في الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الجمولة فيه لا يكون الا ناهرا ويتعذر ذلك لا يمنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن أحدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضى بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفي أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أو صدقة فهي فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة في الشراء كاشتراط الشراء في القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة في الثمن مقدار مسمى أو زيادة في المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

باب قسمة الدور بالدرهم يريدان

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لان في حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا أن القاضي لا يفعله الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه في هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معيناً أو موصوفاً مؤجلاً أو حالاً يجوز استحقاقه عوضاً في البيع فكذلك في القسمة فان كان شيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما في السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكاناً جاز ذلك وان لم بينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغي في القياس أن يتعين موضع العقد كما في السلم عندهما ولكنهما استحسننا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما في الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئاً من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفاً كان أو غير موصوف مؤجلاً كان أو حالاً لان الحيوان لا يستحق في الذمة عوضاً عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لا يسامه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك منفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على الممتلك للعين بالعقد من غير منفعة لآخر فيه فكذلك في القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يحز بكافي البيع وهذا لان الثياب تثبت في الذمة سلم ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلا فهو صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطاحا على أن لا أحدهما ما في هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سمييا ساهما كم هي سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يحز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما في الثاني وان سمييا مكان السهام أذرع مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يحز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا في البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع في ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدى الدارين والثاني الدار الاخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبرى على الذي لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذلك اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكهما في الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضى وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذا كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانهما اشترى نصيبه بما نفذاله من الدراهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثي الدراهم لفضل في منزله فذلك جائز لانه يكون مشترى ثلثي نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ الآخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

تقدم من الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفلى والآخرا العلو واشترط أحدهما على صاحبه
دراهم مسماة لأن السفلى مع العلو كاليتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك
يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما في قسمة العلو والسفلى شرط ذلك على صاحب
العلو وعلى صاحب السفلى والله أعلم

باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

(قال رحمه الله وإذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها فأخذ أحدهما مقدما وهو الثلث والآخرا
أخذ. وخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لأن المعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر
أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة
الرغبة في المقدم دون المؤخر وتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو في العادة عن
التفاوت في المساحة ولا يمد ذلك ضررا وإنما الضرر بالتفاوت في المنفعة والمالية ففي ذلك
تعتبر المعادلة بينهما فإن كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه ما بقي من الدار
وهو أكثر من حقه فهو جائر بمنزلة البيع لوجود التراضي منهما وقد بينا أن المال الذي
لا يجري فيه الربا يعتبر لجواز المباينة فيه المرادة فكذلك أن كان الذي وقع في قسم الآخر
ليست له غلة فهو جائر لا يرضى به لغرض له وهو غير متهم في النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال
عظيم جاز شراؤه فكذلك إذا اختار أحدهما أخذه في القسمة بقسمه وإذا اقتسما دارا بينهما
على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على أن رفعا طريقا بينهما ولا أحدهما ثلثه والآخر
ثلاثه فهذا جائز وإن كانت الدار في الأصل بينهما نصفين لأن رقبة الطريق ملك لهما محل
للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ما سلم
إليه من نصيبه في المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وإن أخذها طائفة منهما
يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار
السدس فهو جائز لأنهما نفيا شركتهما في موضع الطريق وقسما ما وراء ذلك على الخماس
فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسة ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك
إذا اقتسما البعض وبقي شركتهما في البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشتراط أن يكون
الطريق بينهما على قدر مساحة ما في أيديهما فهو جائز لأنهما لو قسما الكل على هذه المساحة

جاز فكذلك اذا اشترطا أن يتركا مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك ان شرطاً أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للأخر ممرة فيه فهو جائز لان عين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضاً عن بعض ما أخذ من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر في ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقاً مملوكاً له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفلى على أن يكون حق القرار الملو له عليه وان لم يشترطاً شيئاً من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما نفياً شركتهما في قدر الطريق فيبقى في هذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة في الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والاخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجوز ذلك للجهالة فان أقرأتهما كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية في العقد غير مقصودة بل المقصود اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحدهما وجهله الآخر فالتسمة مردودة وقد بينا في كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشتري لم يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الاخر رحمه الله وينبغي أن يكون الجواب في القسمة على ذلك التفصيل أيضاً وقيل بل هذا الجواب صحيح في القسمة وهو قولهم جميعاً لان المتعاقدين في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالتسمة مردودة فاما البيع عقد معانيه يقصد للاسترباح والمشتري هو الذي يقبض البيع فيشترط أن يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع في الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان داراً على أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من مقدمها بحقه فهو جائز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازه بسبب الغبن عند تمام التراضي من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضي بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما في البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد منهما أن يرجع فكذلك في القسمة وتمام القسمة بوقوع الحدود بينهما واذا كانت أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالردور عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي في ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها في العلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة في النعمة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب في الاقربة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغللات في قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز يمه فيجوز استحقيقه بالقسمة أيضا واذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا في القسمة بكل حق هو لها أو لم يكتبوا ذلك فله ما فيها من الشجر والبناء ولا يدخل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هذا في كتاب الشفعة في البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أو منها دخل ذلك في القسمة وفي كتاب المزارعة قال لا يدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر في آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليل وكثير هو فيها أو منها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل في القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين في كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضي منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضي قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيه لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل في غير أرضهم فاقسموا على أن يأخذ اثنان منهم الأرض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم في القسمة حائطاً ينصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لقان هذه القطعة وهذه النخلة وهو في غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التي فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس لذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالخائط وتسمية الحائط في القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقاقها بأصلها
 وذكر في النوادر في البيع اخلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبي يوسف رحمه الله
 يستحقها بأصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقول الجواب في الاقرار
 كالجواب في البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه
 الله يفرق بينهما فنقول في القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله . ملكه وأصل . ملكه فيها
 نخلة وإنما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض بأصله استحقاق جميع النخلة
 بأصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وإنما تكون نخلة بأصلها فاما البيع ايجاب
 ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا
 يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من الارض بتسمية النخلة في البيع فلهذا يشترط
 فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يفرس مكانها ما بدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض
 فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يفرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر
 اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الى نخلاته
 وقد بينا أن القسمة متى وقعت على ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا
 بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله
 الطريق الى نخلاته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط
 الطريق فكانه شرط الطريق الى نخلاته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورعاهما بين نفر
 فاقسموها فاصاب رجل الرعاء وأصاب الآخر أفرحة . معلومة وأصاب الآخر بيوت
 وأفرحة فاقسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة
 فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره في وسط أرض هذا ولا يخلص
 اليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في
 أرض قسيمه وقد اشترط في القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا
 الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد
 الارض له طريق اليه في غير الارض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك
 أحدهما من ملك الآخر وتام ذلك بان لا يبقى لاحدهما حق في نصيب الآخر واتمام القسمة
 في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الأول

لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له في أرض هذا لما بينا انه لا يستحق في نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر الآن يقدر على أن يمر في بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر ليتمكن من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكرها المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والأرض فيها فهي لصاحب النهر للمتنق طينه وطريقه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الأرض وهذا بناء على مسألة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حریم للنهر وعندهما للنهر حریم من جانبيه مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حریم كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة اشتراطا لحریمه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حریم للنهر وقد جعلنا في القسمة النهر حدا ملك صاحبه والمسناة من جنس الأرض يصلح لما يصلح له الأرض من الفرس والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الأرض أولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في أرض لقسيمه واشتروا عليه أن لا طريق له في هذه الأرض فهو جائز ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضى هو بالتزام الضرر والشرط أم لك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احدهما في أرض الآخر واشترطا أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أحده كان لصاحبه ذلك المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على ذلك لما بينا في جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب النهر في ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر في ملك رجل آخر فاختلغا في مسناة على النهر فهي لرب الأرض في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما للمسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسألة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر في المسناة يدمن حيث الاستعمال
 فانه بالمسناة من الجانبين يجري ماؤه في النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول
 ذي اليد ولا يحنيفة ان الظاهر يشهد لب الأرض لان المسناة من جنس الأرض يصلح
 لما يصلح له الأرض وملك الآخر في النهر وهو العمق الذي يجري فيه الماء وما وراء ذلك
 يكون لصاحب الأرض باعتبار الظاهر حيث ثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن
 يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفرض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض
 ولصاحب النهر فيه حق استمسك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لا آخر
 ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الأرض أن ينرس على المسناة مابذاله لانه
 يتصرف في ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه
 لاخر ولصاحب العلوان يحدث على علوه مابذاله مالم يضر بالسفل واذا كانت القرية والأرض
 بين قوم اقتسموا الأرض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه بقيمتها
 دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما مأصابه من
 البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين
 فيها مساحة وبناء لهما ولاخر فاقسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على
 أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذي أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك
 لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على
 أخذ القيمة بنير شرط فهي اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف
 للساحة وتبع لها فاذا استويا في ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل
 أن يملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان
 لصاحب الثوب أن يملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف للملكه وهذا بخلاف
 ما اذا كان البناء كله لانسان في ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من
 غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بنير رضاه وأما
 اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة
 لانه مالم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر
 عن نفسه ويملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل في

بيع الاصل من غير ذكر كالصبيغ في الثوب وهو اصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفرد
فيوفر حظه علي الشبهين فلهشبه بما هو اصل لا يكون لصاحب الارض أن يملك على صاحب
البناء جميع البناء بغير رضاه واشبهه بالبيع يكون له عليه أن يملك نصيبه من البناء اذا كان
مشارك بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم في أنها لا تستحق إلا بمنا في الذمة
وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا وصوفا في الذمة فذلك ممن بمقابلة العين والبناء عين
فاشترط المكبل والموزون في الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم
والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك
باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجاءته عند العقد تكون مبطلة للعقد وهذا لان
الثن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشتري عند العقد ليس بشرط لصحة العقد
فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار
عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده في ملك العاقد وقدرته على
تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالاشارة الى عينه
وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا قسمة
المشارك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاواني المصوغة
في هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد
تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البيعة على الموارث وسألوا
القاضي قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان
الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك
لأورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضي
بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به في حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة
فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فمل ذلك استحسانا وفي القياس لا يفعل لان
الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان
ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل ماتخلو
التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فلاحسن
أن ينظر القريطين جميعا فيقف من التركة قدر الدين حتى الغرماء ويقسم ما زاد علي ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما يصبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك أرايت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أو لم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضي امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وانما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسى لا يلحقه شيء وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير قال هذا شيء احتاطه القضاة وهو جور أي مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة في كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سأله هل هي دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقه فيقبل فيه قولهم ما لم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك تنقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أو انها فان أو ان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذي ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنقض في كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه في مواضع فلهذا تنقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على الموارث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان في نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة في الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بالف درهم وهي تخرج من ثمنه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثالث يستحق سابقا على الميراث كالدين فظهر هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من ما لم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء في الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه في التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالخصص فان فعلوا ذلك قبل تقض القسمة فالقسمة مافيه ولو كان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلي الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لو كان حيا وقد بينا في الشركة في المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولو حضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمتها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة في الشركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لا يكون خصما عن شريكه المشتري معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضر وا وغاب عنهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لو كان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كمالو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج علي الخراج أو على المعونة لانه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصى له أو غائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لا ولاية له على الغائب والصبي فانه صار حكما بتراضى الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد يحيزا حال وقوعه (الآ ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وإن مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يحز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لأن الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كمالو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعدم موته البيع لم يحز ذلك لهذا المعنى وفي الاستحسان يجوز وهو قولهما لأن الوارث يخلف المورث فأجازته بعدم موته كاجازة المورث في حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعدم موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادةها في الحال بتلك الصفة وإنما تكون اعادةها برضى الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لاتقع الحاجة الى اعادةه فالبيع لا يكون مستحقا في كل عين لاحالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعدم تعيين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله وإذا كانت النعم بين قوم ميراثا أو شراء فأراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البيضة على الاصل فإن القاضي بقسمتها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو ما يكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجزى القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (الآ ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود من حيث أنها تثبت في الذمة مبرا ولا تثبت سلما فكذلك في القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم في النسيئة كسائر الاموال فكذلك في القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت في الرقيق أظهر منه في الاجناس المختلفة فان الاجناس

المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتاً فاحشاً ثم قسمة الجبر لا تجري في
 الاجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت
 في الآدمي باعتبار معاني باطية لا يوقف عليها حقيقة كالدهن والكتابة وقد يرى الانسان
 من نفسه ما ليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة في المالية وبترجيح معنى
 للمعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل على الفرق بين الرقيق
 وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما
 جنسان حتى اذا اشترى شخص ما على أنه عبد فاذا هي جارية لم يحز الشراء بخلاف سائر الحيوانات
 وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فلها تجري في الاجناس
 المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان الامام يبيع المغنم
 وقسمة الثمن فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما في الشركة الملك حق
 الشركاء في العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة
 فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار على القسمة
 الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان
 أبو بكر الرازي رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة
 بعضهم القاضي لا يقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي
 حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبي حنيفة
 رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلاً في القسمة وحكم القسمة
 جبراً يثبت فيه فيثبت في الرقيق أيضاً تبعاً وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وان كان لا يجوز
 أثباته فيه مقصوداً كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكأنه استحسن ذلك
 لانه قل ما تخلو شركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر
 فباعتبار المعادلة في المالية يتيسر بخلاف ما اذا كان الكل رقيقاً فمقدرة الرقيق بالرقيق يعظم
 الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذي بين الشركاء ثوب
 زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة القسمة
 تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يملك على شريكه نصيبه من الجنس
 الذي يأخذ عوضاً عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسوها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفاً جاز ذلك لوجود التراضي منهم علي انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتبأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بمد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين قسمها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضى رجل قسمها ولم يألوا أن يمدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهوا عليها قبل أن يقسموها فأبهم خرج سهمه عدوالة الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهة التي تفضى الى المنازعة نفسدها كإفساد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فحملوا الابل قسمها والغنم قسمها والبقر قسمها ثم تساهوا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهم على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له مملوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ما وقع السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبني سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت بخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أول لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضرر فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضى بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم ينعهما من ذلك لان في هذه

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا براض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما أن يرجع بتمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان راضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فأنظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان راضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال في الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلاثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلاثي الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربما والاخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركاً لانه تيسر عليه التميز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب

باب الخيار في القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية اجبار الشركاء عند طالب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن في البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سواء واذا كانت الفادرم بين رجلين كل الف في كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذي رآه وعلي الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك في القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما علي وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا
أن يكون قسم الذي لم ير المسال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون
في الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير في ذلك كما لو رأى عند
الشراء جزءا من المكييل أو الموزون ثم كان مابقي شرهما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم
الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذي أصابه ولم يرجو فيه
فلا خيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة في البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان
الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله ما لم يدخلها فكذلك القسمة
وكذلك ان اقتسم ابستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والاخر الكرم ولم ير واحدا منهما الذي
أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد
منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه في الدار بناء على دور
الكوفة فانها لا تتفاوت الا في السعة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت بتفاوت
الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا ان المعنى فيه ان ما يتعذر الاستقصاء
برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك في الثياب المطوية يحمل
رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع في اسقاط الخيار واشترط الخيار في القسمة جائز
فهو في البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا
فانما يشترط الفسخ أو ثلا يثبت صفة الزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه
فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول
مدعى الاجازة لان مضي المدة قبل ظهور الفسخ متمم للقد فن يدعى الاجازة يتمسك بما
يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو
الححتاج الى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التي وقفت في سهم صاحب الخيار رضا منه بها
وابطل للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة في البيوع وان مراده حيث يقول
ذلك رضا منه اذا تحول اليها سكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا اذا كان ساكنا
فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أو هدم فيها شيئا أو حصصها أو طين فيها حائطا أو ذرع
الارض أو سقاها أو قطف الثمرة أو غرس الشجر أو قلع النخل أو كسح الكرم فهو كله رضا
لانه تصرف لا يفعل عادة الا في الملك وبما شرته دليل الرضا بملكه في ذلك الحل ودليل

الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمتوه في كل شيء ما لم يكن عليهما فيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما ما لم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما ان لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الأب في ذلك قائم مقام الأب بعد موته فكذلك الجد أب الأب اذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الام اذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام في ذلك وتصرفها في ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعد هذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والم وابن الم في ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته في ميراثه من غيرهم لان الوصي قائم مقام الموصي فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان في حفظ ذلك منفعة للموصي فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس في حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصي الم وابن الم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الأب فقد كان للأب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بعده يقوم بمقامه واذا كان له أب أو وصي أو وجد لم تجز قسمة وصي هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الأب قائم مقامه أن لو كان حاضراً بالنسبة وعند ذلك لا يكون لوصي هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الأب له يكون عن شفقة وافرقة وولاية كاملة كنظرة لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصي الم له بخلاف حال عدم الأب والوصي ويجوز قسمة وصي الأب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الأب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولا وصي أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصي خاصة دون غيره فاما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالأجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجانه من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

عليه في التصرف في ماله بيما وشراء فالقسمة مثله والوصى الذي يقيمه القاضى في أمر اليتيم بمنزلة وصى الاب اذا جعله وصيا في كل شيء لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصى الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو في حفظ شيء عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضى اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا في شيء خاص لان ايصاء الاب اليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتل التجزى والمعنى في الفرق أن قسم القاضى يتصرف مع بقاء رأى القاضى فلا حاجة الى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضى به لتمكن القاضى من النظر في ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصى الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يردّه بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكثلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى فوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك قال وان كان الذى أصابه عدد من النعم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المبيع خاصة فهذا مثله ويكون الردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع فى جميع ما أصابهم بقدر ذلك لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض الردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع فى البيع بالثمن اذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفى القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا فى ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسنت فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان فى ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن تقصّنا فى مقصوده أولا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا فى السكنى

بناء على احدي الروايتين في السكنى مدة خيار الشرط اذ لا فرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا في المطالبة بالجزء الثابت وفي اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما في خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه في الفسخ ولكن ليس في ذلك كثير ضرر (الآثرى) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لا يرجع بشيء وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضا بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قدده أو قال قدره فهذا رضا بالعيب وليس رضا في الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلماذا لا يجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لقوات صفة السلامة وتمكن التقصان في المالية ولا تأثير للبس في معرفة ذلك فكان لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ما أصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشتري عليه بذلك العيب فان قبله غير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة في حق شريكه كالشراء المتبدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك وابعاء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ما كان قبله وان كان المشتري هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بتقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفي نظيره في البيع اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصالح فينبغي أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذي هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بتقصان العيب في أنصباة شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بيمينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع في سهمه فلماذا يثبت له حق الرجوع بتقصان العيب على شركائه في أنصباة الله أعلم

باب الاستحقاق في القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمتها ستمائة وأخذ الآخر الثلاثين من مؤخرها وقيمتها ستمائة وهي ميراث بينهما أو
أوشراء ثم استحق نصف مافي يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا يرجع
صاحب المقدم على صاحب المؤخر برقع مافي يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء
وان شاء نقص القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافي يده ويبطل القسمة فيكون ما
بقي في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حنيفة رضي الله عنه مافي يدي محمد مع أبي حنيفة وهو
الاصح فقد ذكر ابن جماعة انه كتب الي محمد يسأله عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه أن
قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف مافي يد
صاحب المقدم شائما ظهر لها شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها
اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائما يوضحه ان استحقاقه الدار
وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي الى الشيوع في الكل لانه اذا أخذ
المستحق نصف مافي يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون
ذلك بمنزلة ما لو كان المستحق جزءا شائما في الكل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة
في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي ولكن يثبت الخيار للمشتري بين
تقص البيع في الباقي وبين الرجوع بموض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك
النصف فكذلك في القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق
بعضه وهذا لان ما تبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدارين شريكين
ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقسما على أن أخذ أحدهما نصيبها من النصف
المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر ما بقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة
لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائما في جميع الدار لان
استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبق وبهذا تبين ان هذا
بمنزلة ما لو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقي فكذلك هنا
وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه برقع مافي يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق
جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف
نصف مافي يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتي درهم وباستحقاق نصف المقدم
يتبين ان المشترك بينهما تسماية فحق كل واحد منهما في أربع مائة وخمسين والذي بقي في يد

صاحب المقدم يساوى ثلثمائة وما فى يد صاحب المؤخر يساوى ستمائة فيرجع عليه بربع ما فى يده وقيمتها مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوى أربع مائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف ما فى يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع فى قول أبى حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع ما فى يده ان كان الذى باع بألف درهم أو بعشرة دراهم وعند أبى يوسف رحمه الله يرجع فيما فى يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه وفى قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبى يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما فى يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقى وكان له الخيار فى بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتبين حقه فى الرجوع بمقبوض المستحق وذلك ربع ما فى يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهى مائة جريب فاقسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجربة تساوى ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذى أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجربة فرد المشتري ما بقى منهما على البائع فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفى قول أبى يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجربة بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبى يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا ويبع صاحب العشرة الاجربة قد انفسخ من الاصل يرد الباقي عليه ببيع التبعض وكأنه لم يبع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ما قبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما ما يساوى ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه ألف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما فى يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقسماها على أن أخذ أحدهما أربعين منها ما تساوى خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوى خمسمائة فاستحققت شاة من الأربعين تساوى عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

دراهم في الستين شاة عندهم جميعا وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقي وتبين أن المشترك بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لأخذ الأربعين ما يساوي أربعمائة وتسعين ولصاحب الستين ما يساوي خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصته كل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وإنما يرجع بذلك في الستين شاة لأنها باقية في يده فيضرب هو في الستين بخمسة دراهم وصاحبه بأربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يحمل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمستحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفي ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقي كما لو اشترى عددا من النعم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن ينقض القسمة فيما بقي وهكذا في البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد في المستحق يبطل من الأصل فلا فرق بينهما بعد القبض وقبله وإذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أفقرة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الاثنين بحقه لم يصح ذلك لأن في هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بمجنسها متفاضلا ربا فإن رد الذي أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك جاز بناء على أصلنا أن الفصل يحتمل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وإن استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فإنه يرجع عليه بنصف الثوب وفي زيادات الزيادات (قال) في هذه المسئلة يرجع بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ما ذكر ثمة جواب القياس وما ذكر في كتاب القسمة جواب الا تحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل ويبان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التي أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة في الكل ثلثها فيما أخذ بتقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثلث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بموضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيزا وثلثا قفيزا لأن العشرة كلها لو استحققت رجع عليه بخمسة أفقرة فإذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

ووجه الاستحسان أن المستحق إنما يحمل شائعا في الكل إذا استوت الجمالة فاما إذا تفاوتت فلا كما إذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقا بضائم استحققت عشرة من العشرين فان المستحق يحمل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد في القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد في شيء من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لان المقصود بالمقسمة التمييز والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شيء من المستحق مما أخذه بالمقسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولو جعل شيء من المستحق بمقابلة العشرة التي أخذها بالمقسمة تنتقض القسمة فيحتاج الى اعادة ثانيا فلا يجعل شيء بمقابلة كيلا ينتقض وإذا جعلنا المستحق ما وراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشتراة والنصف العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يحمل المستحق نصف العشرين الذي أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فهذا يرجع بنصف الثوب خاصة وإذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة رديئة وعشرة مختايم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مختايم حنطة جيدة وثلاثين مختوما شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الرديء فانه يرجع عليه ربع عشرة مختايم حنطة وهذا غلط بين فان العشرة المختايم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح ما في النسخ العتيقة أنه يرجع ربع المختايم حنطة يعني ثلاثين مختوما حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع ربع ذلك وهو سبعة أقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفي القياس على ما ذكره في زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الرديء من يده رجع على صاحبه بثلاث الحنطة الرديئة عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الرديء يرجع بنصف كل واحد منهما ويانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيرا جيدا وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة أقفزة من الحنطة الرديئة التي أخذها صاحبه من نصيبه فإذا استحق النصف كان ثلث المستحق

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثله مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بموضه على صاحبه وذلك خمسة أفزة من الحنطة الرديئة وثله مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما يئان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التميز وإنما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بموض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أفزة ونصف من الطعام الرديء ورابع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أفزة ونصف فلهذا قال يرجع ربع الخاتيم حنطة وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمه ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمه أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشتري على بائنه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع في البقية فاز صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التي تقده ومائة منها ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التي أعطاهما وبقيمة نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فإذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثمناة وذلك مائة وخمسون وهذا لان في حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما ما يساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثاثة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم ما يساوي مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه ربع مأخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما ما يساوي ثلثاثة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مما أخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بموضه وذلك نصف الثوب وإذا كانت أرض ودار بين رجلين فاقسماها فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب الأرض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار ألف درهم وقيمة الأرض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشتري على البائع بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقي من الدار فاز صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوايق من قيمة الأرض على صاحب الأرض في قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبته ويكون شريكاً به في الأرض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا ينتفع بذلك اليسير من الأرض فهذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من القيمة حتى إذا رضى هو بالرجوع في رقبة الأرض بذلك القدر يكون له ذلك وإنما كان رجوعه بهذا المقدار لأن نصف الأرض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمة مع الدار وقد كان قيمة لدار ألف درهم فلما استحق منها ميساوي نصف العشر وذلك خمسون درهماً تين أن المشترك ميساوي ألف درهم وتسعمائة وخمسين وإن حق كل واحد منهما فيما يساوي ألف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الأرض التي درهم ألف بمقابلة ما أدى من العبد وألف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه بستة عشر درهماً وأربع دوايق في الأرض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوي خمسة وعشرين لأن نصيب كل واحد منهما ألف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما يناولكننا نقول هذا بناء على الأصل الذي بينا لا بي حنيفة رحمه الله أن الملو مثل نصف السفلى حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفلى بذراعين من الملو فإذا استحق علو بيت يكون ذلك الملو مع السفلى عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلاثون وثلاث فأنما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الأصل وإذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لأن الرجوع بقيمة البناء في الشراء لأجل الضرر ولا غرور في القسمة فإن الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره القاضي عليه فهذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة وبني فيها ثم استحققت وتقض بناءه لم يرجع على المشتري بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضاً أحد الشريكين في الجارية إذا استولدها ثم استحققت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشيء من ذلك وكذلك إذا استولد جارية ابنه ثم استحققت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى الضرر منه وهذا بخلاف الناصب فإن المنصوب منه إذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الناصب ثم استحققت وضمن

الناصب قيمة الولد رجع به على المفصوب . منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافة
 لأن المفصوب منه في تضمين القيمة هناك مختار فإنه كان متمكنا من أن يصبر حتى تطهر الجارية
 فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الناصب بثمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين
 أو أرضين وأخذ كل واحد منهما أحدهما ثم استحققت أحدهما بمدة ما بنى فيها صاحبها رجع على
 صاحبه بنصف قيمة البناء قبيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن قسمة الجبر
 لا تجري في الدور والأراضي بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمة الجبر فيها فهذا والدار
 الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندي أن هذا قولهم جميعا لأنهما ما أطلقا
 الجواب في قسمة الجبر في الدور ولكن قال أن رأى القاضى المصلحة في أن يقسمها قسمة
 واحدة فله ذلك وهما أقدم على القسمة قبل أن يري القاضى المصلحة في ذلك فيكون هذا
 معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء لأن
 نصف الموضع الذى بنى فيه أخذه بتقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جارتين
 فوطئ أحدهما الجارية التى أخذها فولدت له ثم استحققت وضمن قيمة الولد رجع على صاحبه
 بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لأن قسمة الجبر عنده لا تجري في الرقيق
 فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجري
 في الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف
 الجارية التى فى يد شريكه لأن القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعاضمنه
 نصف قيمتها لأنها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ يمينه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته
 منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين في دار واحدة فقد بينا ان المنازل
 المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع
 نصيب كل واحد منهم في دار على حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم في الدار التى أصابته ثم
 استحققت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لأن القاضى حين رأى جميعها في القسمة
 صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضى يجبر الشركاء
 على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضى فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشئ
 من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى أحدهما في
 الدار التى أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع في حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذي استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء ينقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ما هدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشئ ورضى بما في يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار المشتراة انقطع به حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله وليس له أن ينقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا اذا اختار ينقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهي كالأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهما جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبي يوسف من مذهب أبي حنيفة رحمه الله اذا بنى المشتري في الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر في الجامع الصغير شك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أن الدار تترك للمشتري شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من إحدى المسائل التي جرت فيها المحاورة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشئ يحتمل أن يكون جوابا في استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصّة من الدرك فمنع الاستحقاق لا بد أن يرجع بذلك أو بقيته ان تمدد الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر دارين قيمتهما سواء فاستحققت احدهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع ربع الدار التي أخذ الآخر بمنزلة ما لو اشترى دارين وقبضهما فاستحققت احدهما فلا خيار له في الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له في الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التي أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحققتا رجوع عليه بنصف الدار التي في يده فاذا استحققت احدهما بقيت قيمتها سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضي عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضي

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه
بجهة أخرى بأن يجمعه يتأوربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما في الحائط ان رضوا
بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاسهم
لم يباشروا القاضي ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك
وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بمد
القسمة ما ينتفع به الا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بمد القسمة
وهو الطالب للقسمة فيثبت يقسمه القاضي لانه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الصغير من
الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنى باذنه ثم أراد قسمة البناء
وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يحجر عليه لان كل واحد
منهما بمد القسمة لا يتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالأرض لغيرهما بطريق العارية
أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من
الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه
رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أتى أحدهما وان كان
أراد هدم البناء ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أراد
فله لم يمنعهم من ذلك وان أخرجهما صاحب الأرض هدماء لان صاحب الأرض له عارية
في أيديهما وللمير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل
القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم
يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض
الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان
لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من
ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع
بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه
للاجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في
قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان
كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس في القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق
مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم
يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه
آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لا ضرر على واحد منهما في القسمة
فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الى ملكه من جانب آخر ولا فرق في حقه بين التطرق
من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمته
ذلك وأبي الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماء سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع
الابضرار لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالقصد هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق
ولا فرق في حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماء من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا
كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب
ولا يمكن جعل ذلك في جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها
لم يصب كل واحد منهم شيء ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو ما تقدم من البيت
الصغير سواء وان كانت حانوت في السوق يبيعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد أحدهما
قسمته فاني انظر في ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان
كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأرادوا
قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي لان
الخطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان
كان بقلا لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك
نصيبه بغير رضا أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا في البقل
أنه يحجز كل واحد منهم مأصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه
القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضي ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض
بين رجلين فأرادا أن يفتسما زرعها دون الارض لم يحجز ذلك ان اشترطا تركه في الأرض
الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة في هذا كالبيع فكما
لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط التترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك
صالح في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يحجز وان اقتسموه على أن

يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد
 القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طالب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق
 بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طالب الفضل
 وكل شيء يحتاج في قسمته الى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من اتلاف الجزء الا أن
 يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد اني لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما
 أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم
 أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته
 الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شرسته بين الشركاء
 بحال لمضي الضرر والجمالة ولان المقصود بالقسمة الحياة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل
 واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما
 بالتراضي لم يجوز وان كانت قوصرة تمر بينهما أودن خل فأراد أحدهما قسمته لان هذا مما
 يتأني فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تميز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به
 فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة
 بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتل القسمة من غير ضرر وكذلك
 اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها الا بضرر ويقسم اللؤلؤ والياقوت بين الشريكين اذا أراد
 ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعياها وان كانت جنة بين رجلين
 فأراد أحدهما قسمتها وأبي الآخر فان كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وان لم
 يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما
 لانه لا حاجة الى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم
 نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والفضة والنحاس لانه لا
 ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع
 به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طلب بعض الشركاء
 لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا
 كان بين رجلين بئر أو عين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك
 وأبي الآخر فاني لا أقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لهما شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وترك القنات والبئر والنهر على حالهما لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يتقدر على أن يحصل لأرضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وانهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهما لانه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لا يجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر واحدا منهما على البيع في شيء مما سميناه في هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك ثبت له ولاية الاجبار على البيع في كل موضع تعذر القسمة ولا يقل كل واحد منهما يتقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فلا شقاص لا تشتري الا بثن وكس فينبى أن تثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجب على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك على ذلك لعمود تصرفه في نصيبه تبعا قوله بان لا يشتري منه الا بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له في الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار للمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما في القسمة وفي الاجبار هنا ازالة الملك للناس في أعيان الملك أغراض (الآتري) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذرعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء في الطريق ينبى أن يتقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فاننا نرى الطرق التي اتخذها الناس في الامصار متفاوتة في الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوز به الى ما هو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك في حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبينوا فيما وراء ذلك لبيان المصاحبة لهم في ذلك لا لصيب مقدار في الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجاين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعها من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذي له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهم، الا انه لاحق لصاحب الطريق في بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره في ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد التنازع فيه ولانه لا فائدة له في الزيادة على ذلك لانه انما يحمل في هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحب الدار أن يفوت ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بثالث الطريق وصاحب الممر بالثالث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر في ذلك مساوي للشريكين في رقة الطريق بحق. مستحق له فساوهم أيضا في ثمن حصة الطريق وكان الكرخى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا في أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا شركة له في أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة الدين دون المنفعة فيختص به مالك الدين وقد كان لصاحب الممر حق في المنفعة دون العين فان رضى بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له في الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

الشريكين اذا كان فيه حق المر لا آخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق المر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب المر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم في الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه لا مقصود في الطريق الا للمر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولا جله يجوز البيع فاذا استوا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بانهم يستوون في الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منهم من القسمة ولكن بتركون له مسيله وهذا الطريق سواء فيما بيننا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يمزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويتقسم ما بقى من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذي يفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا ولا يلتفت الى تمتته ولكن الى الموضع الذي يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان ما لا يدخل في باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل في دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه في الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى هذا الطريق باين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه باين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أي باب دخل منه في منزله ولا يستحق باين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسما بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق الى منزلها فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو باين وان كان صاحب المنزل

واحد افشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفي هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله أن يمر من الدار في المنزل وفي الطريق المرفوع بينهم لانه حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبدء ما دخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لا ضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان اصحاب الدار حق التطرق في هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب المير يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب في هذا ولو اختصم أهل الطريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف أصله لاستوائهم في اليد على الطريق والاستعمال له ولا يحمل على قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يحمل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضي وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق في الطريق سواء فلهمذا يحمل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ما أشرنا اليه في المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق في الطريق ولو كان يعتبر في قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جملة بينهم على ذلك لان ما اعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فان كانت دارا للرجل ولا آخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه ولورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لا يزداد نصيبه ولا ينقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون في الحق في الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه وكل واحد منهما في الظاهر أصل في نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم اثلاثا لا استوائهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لانهم قاطنون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صالح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فرفنا أنه لاحق للشركاء فيه الا في نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحرار ولا يسلم للوارث شيء من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أو انها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بتمته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر موارثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ اذا

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصى والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصى لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصى انما ينتصب خصما عن يكون خلف الميت في الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصى مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمته مع الورثة على الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له على الموصى له الغائب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصى ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا في تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وما ينقل ومالا ينقل في ذلك سواء وان كان شيء من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه ديناً أو وصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصى له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما في العين أو في المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولا منهم قائلون مقام الميت الثانى في حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه اليينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجاً من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لأنفسهم فهم انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراء للميت عن المهر ولا اقرارا بأنه لا دين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لا يكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لالحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر ديناً على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سمي في نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بأنه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصي له بالثلث شريك الورثة في الدين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بأنه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا في نقض ما قد تم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخاه من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتهم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا في القسمة انه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدتهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لأخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسمى في نقض ما قد تم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذلك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أو انه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه شارح في نقض ما قد تم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدتهم على القسمة فقد أقر أنه لا وصية له فيها فكان هو في دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته اياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لا دين على ابنه وانما ساعدتهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفي دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومضى هذا أنه لا منبر باجازه الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازه وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا في نقض ماقد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة في العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تم برضاه كما لو كان الموصي له أجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا في نقض ماقد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه في حياته بثلث مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم في نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضوره ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقيين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثالث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقسمتناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثاني وقال المشتري لأدري اقسمت أم لا فالقسمة جائزة لانها ثبتت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بمحجود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان يبعه صحيحا وأما الثاني انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ يبعه في نصيبه خاصة ويتخير المشتري فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثالث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغي أن ينصرف يبعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه في منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ما قبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف يبعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع في جميع الدار كما باعه ولو كان المشتري أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر في الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ما وصفته لان في أبواب القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشتري في ذلك ولان المشتري في كلامه الثاني مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر في حقه حتى اذا رد البيع الثاني فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثله لانه أقرب له وكأنه جحده في الكلام الاول ولكن الاقرار بمعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلث الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثاني لان زعمه معتبر في حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه ثله وقد سلم له بزعمه ثلثا ما اشتراه من الثاني ويرجع بثلث الثمن حصه نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى في يد البائع الثاني ثلثا قسمه الذي أصابه لان المشتري منه ما سلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فأنى أقبل منه البيئته على ذلك ولا يخرج قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى ديناقبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وأنه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو في دعوى الدين والوصية مناقضافي كلامه بخلاف ما اذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض في كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشتري منه في حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقررة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها على حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصدقتها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهي مناقضة في هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه هو الذي بناه أو غرسه وأقام البيئته بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاختيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان في هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة في هذا كالباع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان في البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أو فيه فكذلك لا يدخلان في القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أو من ثمن ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك في القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

وبقي ذلك بينهم على الموارث ولو شرطوا ذلك في قسم رجل كانت القسمة فاسدة لأن كل واحد منهم يصير مملوكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من الدين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم ديننا على الميت مسمى كان هذا باطلا إذا كان في أصل القسمة لأن القسمة كالبيع ولو شرط على المشتري في البيع أن يضمن ديننا على البائع كان باطلا فكذلك إذا شرط في القسمة وأن ضمنه بغير شرط في القسمة على أن لا يبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشيء من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا إن رضى الغرماء بضمانه كماله ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضى الغرماء بذلك وهذا لأن المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فإن أبي الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلم تقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وإن تراضوا بضمانه و أبرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا في مال الميت حيث كان لأنهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فإذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه إذا مات مفلسا فإن الدين يعود إلى ذمة الحيل والله أعلم بالصواب

باب دعوى الغلط في القسمة

(قال رحمه الله وإذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقاضوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة فإنه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه) لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم فدعي الغلط يدعى لنفسه حق التسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لأن المتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفهم على الغلط فله ذلك لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حاف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه إلى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهم على قدر نصيبهما لأن النكول كلهم واقراءه حجة عليه دون غيره قفيا في يده يحمل كان ما أقربه به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا في الدار التي في يد صاحبه وفصلا في قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تمد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضي ويبيع كذا كذا ذراعا من الدار التي في يد الغير لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما في دار صاحبه في القسمة كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الخبز في الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن يبيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك في القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التميز هناك يوجب على المعاوضة في القسمة ولهذا لا يجبر عليه بمض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا كذا ذراعا في نصيب صاحبه لا يحصل التميز بهذه القسمة بل الشرط والشروع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فعنى المعاوضة هناك يوجب على ما بينا وتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذا اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والاخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التي في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه في قسمة فانه يقضى له به لانه أثبت الملك لنفسه في تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضى له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا في الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما في يد صاحبه انه أصابه في قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينة الذي ليس الثوب في يده لان دعواهما في الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه ترجع على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وان اقسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة في الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط في التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه شاع في نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا في ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف النصب فان بينة المنصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا في ذمة الناصب فالمنصوب مضمون بالقيمة دينا في ذمة الناصب توضيحه ان القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين علي صاحبه فكذلك في القسمة والثاني أن تكون الدعوى في عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدي وخمسين غلطا أو احدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما احدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما في مقدار المتبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما في يد صاحبه انها ملكه اصابته في القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وخمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقسما على هذا لك خمس وأربعون ولي خمس وخمسون وليس بينهما بينة والنعيم قائمة بيمينها تحالفا وتراد لان القسمة في معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك في القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضي فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت بينته فيترجع كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا اقسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هي في يديه أصابني هذا كله تحالفا وتراد لان الاختلاف بينهما في المعقود عليه في الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ما شهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بمدة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم فهناك أثبت بينة صاحب الخمس وأربعين انه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلماذا بطل القسمة وان اختلفا في الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذي اليد فيترجح بينة الخارج وان لم يرق لهما بينة استحل كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معيناً في يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بيننا أن الاختلاف بينهما في المقود عليه وفي مقدار ما حصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما في البيع * رجل مات وترك دارا وابنين فاقسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا أن يقربه صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعني أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فإقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابني في هذه الناحية وهذا البيت والناحية في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل أصابني البيت وما في يدي كله فاني أسأل المدعى عن البيت أكان في يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان في يدي بعد القسمة فعصبيته وأعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل الى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال في يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف في المقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة في جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذي قلنا اذا ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه ولو ادعى غلطا في الذرع فقال أصابني ألف وأصابك ألف فصار في يدك ألف ومائة وفي يدي تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابني ألف فقبضتها

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابني الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابني الف وأصابك الف فقبضت أنت الف ومائة وقبضت تستماتة تحالفا وتراضيا لانهما تصادقا على أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومائة والاختلاف في المقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحالته وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما النصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذي تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا في المقود عليه واذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار في يد أحدهما ستون وفي يد الآخر أربعون فقال الذي في يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا باعيانها وخططتها بغيرك فهي لا تعرف وجحد ذلك الآخر النصب وقال بل أصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما النصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابني خمسون فدفعت الى أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها الى وقال الآخر أصابني ستون وأصابك أربعون تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي في يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض في الدعوى بعد ذلك الاقرار والدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى النصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى النصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذي في يده الأربعون كانت غنم والدي مائة شاة فأصابني خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا وهي هذه وقال الذي في يده الستون بل كانت

غرم والدي مائة وعشرين فأصابني ستون وأنت ستون ولم أعصبك وقد تقابضنا فان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة في يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على العصب الذي ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بيمينها اقسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجحالة العشرة التي لم تتناولها القسمة فالغنم تنافوت وبجحالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان في الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين في نصيبه يكون متملكا على أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقسما الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها ديننا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما في ذمة زيد من صاحبه لم يملك عليه من نصيبه مما في ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلان لا يجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطله لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا يجوز قسمة وصي الاب بين الصغير لان القسمة في معنى المعاوضة وليس للوصي ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا يفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفي هذا التعريف أن تقع احدهما أضر بالآخر وان كان مهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين مما جاز ذلك لان المعاوضة في مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين مما مع الوارث الكبير (قال) في الاصل وكذلك الاب ومراذه هذا الفصل لاما قبله فقسمة الاب مع ابنه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم
 كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان
 فيهم غائب فقسام الوصي عليه لم يجز في العقار وجاز في غيره لأن القسمة في العروش من
 الحفظ وللوصي ولاية الحفظ في نصيب الكبير الغائب فكان له في نصيبه من القسمة ما يرجع
 الى الحفظ فاما العقار فخصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا
 ولاية له في نصيب الكبير الغائب في مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير
 حاضر فمزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز
 في العقار وغيرها في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف وعمر بن محمد رحمهما الله
 على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبئ على ما بيناه في كتاب الشفعة ان عند أبي حنيفة بثبوت
 ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا
 في نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم في وصي الذي لانه في
 ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من
 الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم علي الصغير قبل أن
 يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات
 والائابة في التصرف بعد الموت كالائابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ
 تصرفه عليه فكذلك اذا جمل وصيا في التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة
 ما لم يخرج من الوصاية لا اعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصي عبدا لغير الميت فهو وصي
 نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة مالو وكله في حياته حتى يخرج القضي من الولاية فالرقيق
 ليس من أهل أن تثبت له الولاية علي غيره لانه لا ولاية له علي نفسه وانما يتعدى الى الغير
 عند وجود شرط التعدي ما كان للمرء من الولاية علي نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك
 على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس
 بنائب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجمل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز
 قسمة الحربي المستأمن على ابن صغير له ذمي لان الذمي من أهل دارنا ولا ولاية للحرابي على
 من هو من أهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا
 بعضهم أولياء بعض الاية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على رده على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لا ولاية له عليه ولانه لا ولاية له على التصرف في ماله اذا قتل علي رده حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل على الردة في قول أبي حنيفة رحمه الله في حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير في جميع ما وصفنا لانه لا ولاية له على نفسه وهو محتاج الى تصرف الولي له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذي يحن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته في حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه في حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الى اقامة رأى الولي مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لا يمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه في ذلك فأقننا رأى الولي مقام رأيه لتحقيق الحاجة وأهل الذمة في القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا في الحر والخنزير يكون بينهم أفراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فاني أجبرهم على القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الحر والخنزير مال متقوم في حقهم كالخل والغنم في حق المسلمين وان افسدوا فيما يذنبهم خرا وفضل بعضهم بعضا في كيلها لم يجز الفضل في ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفي حكم الربا هم يستون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذمي مسلما كرهت له مقاسمة الحر والخنزير ولا يمكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف في الحر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغي أن يفوض ذلك الى ذمي ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمي بالتصرف له في الحر والخنزير وكذلك علي قولها هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالقاضي وأمر القاضي الذمي بالبيع والقسمة في خوريتاى هل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصى به وان وكل الذمي المسلم بقسمة ميراث فيه خروخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه في الحر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته في مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الحر والخنزير مع سائر الورثة جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز في قولها لان في القسمة معنى البيع فهو كالسلم يوكل الذمي ببيع الحر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الحر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

لحصة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كمالو باشر بنفسه فانما قبض نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له واذا كان في تركة الذي خمر او خنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضي يكون نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من المهدة في مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذي خمره على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لأن يكون بيع قيم القاضي واقما لهم والمكاتب كالحرف في القسمة لانه من صديق التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت في حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه في التصرف مع المولى يبيع أو شراء كاجنبي آخر فكذلك المقاسمة ولا يجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضرا أو غائبا لانه في حكم التصرف في كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم تجز تلك القسمة كمالا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من كسب المكاتب كلاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكلا ثم عجز أو مات لم يجز لو كيله أن يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته لان ولايته بالتقيد ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى المكاتب عند موته الى وصي قاسم الوصي ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته في هذا جائزة على ما يجوز عليه قسمة وصي الحر لانه يؤدى كتابته ويحكم بحريته حال حياته وكانه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على ولده الصغير كوصي الحر وقال في الزيادات وصيه بمنزلة وصي الحر في حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز قسمته فيما سوي المقار وما ذكر هناك أصبح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته الى حال حياته لانه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر الى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصي اذا كان للموصى ولاية مطلقة (ألا ترى) أن وصي الاخ والم لا يثبت له من الولاية الا قدر ما كان للموصى فنهنا أيضا كان للموصى على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية ما يرجع الى الحفظ ولا ولاية له

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بمد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه في املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقام الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سمعوا في المكتبة لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على الكتابة فان ادوا المكتبة قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما ادوا الكتابة حكم بعق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لا فائدة في الاشغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجراً مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمة باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما للمالك واحد والقسمة في مال هو خالص للمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كقسمة مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمة لان كل واحد من المكاتبين في كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه داراً وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي في التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقام مولى العبد الشريك بغير رضا العبد فان لم يكن على العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى في كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلاً اجنبياً داراً بغير أمر مولاه وعليه دين أو لا دين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاد بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء في ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما في التجارة فاشتري هو ورجل آخر داراً جاز ذلك في حصة الذي أذن له لان الاذن فك الحجز وقد ثبت ذلك في نصيب الذي أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كالمالك كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كالمالك نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجز في نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذي لم يأذن له فقامها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجز عنه في نصيب

الاذن والمولى الذى لم يأذن له من نصيب الاذن كالأجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد المولين
على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الأجنبي ومع
المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له في التجارة والله أعلم بالصواب

— كتاب الاجارات —

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل
السرخسي املاء أعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بموض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان
أحدهما بنير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بموض وهو الاجارة وجواز هذا
العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى: رفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ
بعضهم بعضا سخريا أى في العمل باجر وقال الله تعالى: حكاية عن شعيب عليه السلام على أن
تأجرني ثمانى حجيج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم
يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه
فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون
ويستأجرون فاقروهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى
جواز هذا العقد لانه يرد على المدوم وهى المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمدوم ليس
بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد
الوجود لا بد منه لان عقد المدوم لا يوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا
لان المعاوضات لا تحتل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس
بقوي واشترائط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك
لا يتحقق في المانع فان الوجود يجره عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لا تبقى
وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند
العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا
معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة في ملك العقد مقام
المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد
والتسليم وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو

يجعل العقد مضافا للعقد الى وقت وجود المنفعة ليقترن بالعقد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمسك من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغنى والغنى محتاج الى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لا بد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تقطع به المنازعة فالاعلام بالمنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار العقود عليه لالتوقيت في العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشي يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدده في المحل من قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه إقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط لانه مفيد فيبين الناس تفاوت في إقامة العمل بأيديهم وكما يجب اعلام ما يرد عليه العقد يجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن أبي هريرة وأبي سعيد رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وبعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحمل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهي مجزوم ولكن المجزوم اذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ ما يكون من النهي هذا كلاما مرفا أن أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث اذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهي يوجب فساد المنهي عنه ولكننا نقول هذا نهى لمعنى في غير المنهي عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذي يباحق صاحبه وذلك ليس من العقد في شيء فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهي عن الصلاة في الارض المغصوبة ثم هذا النهي بعد ما ركن احدهما الى صاحبه فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتره

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا يبيع من يزيد وصفة بيع المزايدة أن ينادى الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فلم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يريد وإذا ساومه انسان بشيء فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استيما على سوم الغير وكذلك اذا خطب امرأة ولم تترك اليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبني وان أبا الجهم يخطبني فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحى أسامة بن زيد فانك تجد في فيه خيرا كثيرا فلما بعد ما ركن أحدهما الى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق في هذه الحال والمراد بالنجش الانارة ومنه سمي الصياد ناجشا لانه ينثر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة ثم يعلم أنها لا تساوي ذلك ولا يقصد شرائها وانما يقصد أن يرغب الغير في شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا بالقاء الحجر وفي بعض الروايات ولا تنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضا فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيع كانوا تعارفوها في الجاهلية وهي أن يرى الحجر الى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح اليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفي قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يحف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة الى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة ما بعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبي امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أني أكرى ابلي الى مكة أفجزيني من حجتي فقال أأست تلي وتقف وترمي الجار قلت بلى قال سألت رجلا رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

وفي هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل الى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة في الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لان خروجه كان لتماهد ابله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من أشرائط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فزال ابن عمر رضي الله عنهما اشكاله بما ذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لا يتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمي وهو بهذه الأعمال لا يتغنى عرض الدنيا وهذا جواب تام لو اقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحاً فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر زول الوحي في بعض ما يسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان في الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة في طريق الحج ولما كان اكراء الابل في معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاقى اذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لا شغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعاً له ولا يمكن نقصان في ثواب العبادة وان سميد بن جبير رضي الله عنه قال أتى رجل الى ابن عباس رضي الله عنهما فقال اني أجرت نفسي من قوم وحططت لهم من أجرى أفجزيني من حجتي فقال ابن عباس رضي الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل على هذا السائل ما أشكل على الاول وكأنه بلغه الحديث الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك دينارك في الدنيا والآخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الخط احسان وانتداب الى مآذب في الشرع ومثله مشروع جبراً لنقصان الفرائض كالنوافل فزال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لا نقصان في حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجروان كان حجه بدونه تماماً لان المنع من البر والاحسان لا يحسن وهو على ما أفق به ابن عباس رضي الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليقدم غيره لا ليقدم الجهاد وهذا خرج ليقدم أعمال الحج ويقدم في الطريق غيره فكان هذا تبعاً لا يمكن به نقصان

في الاصل وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم علي حائط فاعجبه فقال ان هذا الحائط فقلت لي استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وفيه دليل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا ما يعجب غيره ولكنه كان لا يركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدن عينيك الى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لا يضر أحدا بخلاف ما يقوله جهال المتعسفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حبيب الى من دنيا كم ثلاث النساء والطيب وجمعت قرة عيني في الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعنى المرء فرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتكلم بمالا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفي قول رافع رضى الله عنه لي استأجرته دليل علي ان الشئ يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يشكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حاف أن لا يدخل دار فلان فدخل دارا يسكنها فلان باجارة أو عارية حدث وفي الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة ففي المزارعة استئجار الارض ببعض ما يخرج ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضى الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبي حنيفة رضى الله عنه على من أجازوه وعن الشعبي رحمه الله في رجل استأجر بيتا وأجره باكثر مما استأجره به أنه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويفلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول جواز هذا العقد من المالك قبيل وجود المنفعة كان بالطريق الذي قلنا وهو موجود في حق المستأجر ولان المالك ما كان يتمكن من مباشرة العقد عليها بعد الوجود لانها لا تبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضل ويقولون أخذ الشافعي رضى الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكرم الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا أصلح في البيت شيئا أو طين البيت أو جصص أو زاد فيه لوحا فالفضل حلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حلالا امره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهى النبي صلى

الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل في ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا على مالم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهي عن وكس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة في البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا أن يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد حينئذ يكون الفضل بقا بلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضي الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه كان يجههم اذا أبضموا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه إشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع اذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذي به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كي يضمن ما يتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم اليه بقال قد أجره رجل بيتا فالتى فيه مفتاحه في وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح في الاجارة أنه لا يتعاق بها اللزوم فكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد على المعلوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات ولان في المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضي الله عنه من وجه فقال ان أتى اليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يعرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جملة في الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أو لم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جملة نهاية في القوة وفي الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم ما يضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلان يوفر حفظه عليهما فليل القوة قلنا لا يفسخ بغير عذر ولليل الضعف قلنا يفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع باليبس وظاهر ما يقوله في الكتاب أنه يفسخ العقد عند العذر بفعل المشتري ولكن

الاصح ما ذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما إذا أثبت المذر عندهما في الرد بالعيب وجه هذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل في ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك الرواية أن عين الحائوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحائوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم إلا بالقضاء وعن إبراهيم رحمه الله أنه كان لا يضمن الاجير المشترك ولا غيره وقسر الاجير المشترك في الكتب بالفصار والخياط والاسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه إلى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل أن أحير الواحد من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فإن صارت مستحقة بمقدار المأوضة لا يتمكن من إيجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان عمله لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لأن ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فإن المسلم فيه لما كان ديناً في ذمته لا يتمذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقى العين فبعد ما باعه من إنسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمي هذا مشتركا والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول إبراهيم رضي الله عنه إذا تلفت العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان أجير واحد أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في أجير الواحد أيضا وفي الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ما روى عنه بعد هذا أنه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما لأجل الاختلاف المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصالح على النصف وستقرر هذه المسائل بطريق المنى في مواضعها إن شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله أنه كان يضمن الملاح كل شيء إلا الفرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

الا لا يمكن التحرز عنه والذي لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الفرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبع أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتديا في ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لا ضمان علي الملاح في الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الفرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والفاة الغالبة ولكننا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الفرق فاذا حصل التلف بماله كان ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال اني أعطيت هذا ثوبي ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف اضمن له ثوبه وقد احترق بيتي فقال له شريح أرايت لو احترق بيتي أ كنت تدع له أجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له اضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف اضمن له وقد احترق بيتي وكأنه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم يصدقه شريح رحمه الله لملحه بخلاف قوله ثم قال أرايت لو احترق بيتي كنت تدع له أجرك ومعنى استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجرك لك عليه فكما لا يسقط ما هو مستحق لك باحتراق بيتي فكذلك لا يسقط ما هو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيهالين الفرق ويقول له أيها القاضي قياسك فاسد فالاجر لي في ذمته وباحتراق بيتي لا يفوت محل حق وحقه في عين الثوب وباحتراق بيتي يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ان احترق بيتي بعمل هو متمدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان علي أجير الواحد الا اذا خالف ما أمر به وذكر عن أبي جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصنائع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبي جعفر أيضا ان عليا رضي الله عنه لم يكن يضمن القصار في الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصباغ ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما إذا حصل التلف بنمير صنع الاجير وفي هذا دليل على اجتماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعي رحمه الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ما جنت يده وسيأتي بيان المسئلة في موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبي الهيثم رحمه الله اتبعت كاذبا من السفن فحملت خوابي منها حمالا فانكسرت الحياية فخاصمته الى شريح رحمه الله فقال الحمال زاحني الناس في السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذي دهن تحمل من الهند في السفن الى العراق وقيل هو اسم لما يتخذ من كب السفينة من الاواني كالامتعة لحاجته فيسع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف في يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فاذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله اذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم يفسدا قال على بشاهدي عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هرب من ذوات الامثال والنزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له في المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبي ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلى رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله في صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفى عمله ومنه أجره ورجل أعطاني ثم غدر واللفظ الذي ذكر في هذا الحديث أبلغ ما يكون من الوعيد فرسول الله صلى الله عليه وسلم شفيع لامة وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يستد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أى أزمته وحججته فاما قوله رجل باع حراً وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقة فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وبيعه الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعاً وما يقبض بمقابلته ثمناً مجازاً ومن يفعل ذلك بحر فقد استنذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستنذله وانما يتمكن من ذلك بقوة وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيراً فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استنذله بالعمل واستزبته بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجار الاجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطاني ثم غدر أى أعطى كافراً أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تمطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تمطوهم وهذا يرجع الى ما بينا من المعنى فالمستأمن يكون مستندلاً في ديارنا فاذا غدره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبى نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعصب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاع الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهيئ لقيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو ينبئ على نشاط الفحل أيضاً وكذلك قفيز الطحان وهو أن يستأجر طحاناً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكاً باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يسوجب الأجر ثم الأجر اما أن يلتزمه في الذمة أو في عين موجود وهو ما يلتزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخرج من الدم أو ما يشرط فهو مجهول فيكون محرماً وقد دل عليه حديث أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عصب التيس ومهر البني وكسب الحجام والمراد
بمهر البني من أخذ الزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى
ولا تكرر هو فتياتكم على البغاء الآية لما قرئت بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب
الحجام حرام ولكننا نقول هذا النهي في كسب الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في آخر
حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال فأناه رجل من الانصار وقال ان لي حجاما وناضعا
أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأناه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من
كسبه قال نعم فالرخصة بمد النهي دليل انتساخ الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس
رضي الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراما
لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلى الله عليه وسلم لمن الله آكل الربا
وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لمن الله الراشي والمرثى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول
هذا النهي في كسب الحجام ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك
يدنى المرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفاسفها
ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدينه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله
عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لو سخر وذكر عن عطاء
ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان على الاجير الراعي وان اشترطوا ذلك عليه وبه يقول
ان كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل وان كان الراعي
مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند أبي حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أو لم
يشترط وهو ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ما تلف بما لا يمكن
التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشتراط الضمان عليه باطل على اختلاف
الاصليين والله أعلم بالصواب

❦ باكل الرجل يستصنع الشيء ❦

(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثلث وبيع دين في الذمة بثلث وهو السلم
وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمقود عليه الوصف الذي يحدث
في العمل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل .شروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم ولاستصناع استعمال من الصنع فعرفنا ان العمل .شروط فيه ثم احكام ما للناس فيه تعامل من الاستصناع قديناه في شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين ما اذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه انا .مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمي لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المقود عليه العين .فسخ العقد فيه ممكن فلماذا ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فاما في الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار ديناً بذكر الاجل عند أبي حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله أن يضمه حديدا مثل حديدته ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو اقامة أصل العمل وان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن غصب حديدا وضربه اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر كالمشتري اذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد علي المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أَرْضَى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشتري فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والصفات بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل .المشروط وبلافساد ينعدم ذلك العمل فلماذا لا يلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل ما يسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجدي سلمه الى الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرفعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخلف وغيره يريد به قياس الاستحسان في مسألة الخلف ولكن هذا لا يعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

تعامل قويا لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعمل الثمن كان جائزا وكان سلما لا خيار له فيه وان فارقته قبل أن يجعل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فلا استصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والأصح أنه قولهم جميعا والندر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب فقيا للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذي صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار الى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل في العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه ديننا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا الى حائك لينسج له سبعا في أربع خفاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا في النقصان فانه يعطيه الأجر بحسب ذلك ولا يجاوز به ماسى له أما ثبوت الخيار له فلتغير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمي فهو أرق مما سمي وان حاكه أصغر مما سمي فهو أصفق مما سمي هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فاذا حاكه أكثر مما سمي فقد زاد فيما استعمله من غزله على ماسى وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للعائم ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضى بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خالف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفي الزيادة لم يوجد ما يقوم به وهو التسمية فلا يطالبه بشئ من ذلك وأما في النقصان قال يعطيه من الاجر بحسب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر الى تكسير ما شرط عليه وتكسير ما جاء به فالمشروط عليه سبع في أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذي جاء به سبع في ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

أربع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أربع المسمى كمالو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبننة بأجر مسمى فضرب احدي وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أربع المسمى قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أربع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول في المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما في الملاء وربما تزيد في ماليته زيادة الطول دون العرض كما في العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض في معنى المالية واذا قرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا على الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لا يجاوز به ثلاثة أربع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ماسى كان حصته ثلاثة أربع من الاجر ثلاثة أربع المسمى فاذا تم رضاه بذلك القدر عند الموافقة يكون أراضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لا يجاوز به ثلاثة أربع المسمى وكأنه أشار الى هذا بقوله ولا تجاوز به الا ماسى له بمقابلة ما جاء به وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاه رقيقا لو شرط عليه رقيقا فحاه صفيقا كان له أجر مثله لا يجاوز به ماسى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذى شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالركة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير الى أجر المثل ولا تجاوز به ماسى لانعدام المقوم فيما زاد عليه ولو جرد الرضا من الحائلك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد في الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزدته فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ما أمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائلك يقيم العمل في غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائلك فان المستصنع هناك لا يمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائلك عاملا في غزل نفسه ثم الحائلك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب منكرك لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الحائلك البينة لحاجته الى اثبات ما يدعى من التسليم اليه بحكم القرض وما يدعى من الدين لنفسه في ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برى وان كل عن اليمين فنكوله كافاره واذا سلم اليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

غزلا مسمى مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم سبعة جاز وهذا استحسان
 وفي القياس لا يجوز لانه اشترى منه - اسما من الغزل وهو غير معين ولا مشروط في ذمته
 دينا ولكنه يستحسن للتعامل في هذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حائك فيقول له
 الحائك هذا لا يكتفى لما تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر ما يحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك
 وانما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل في هذا يجوز اعتباره
 بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض في الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير
 لاحداث وصف في الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض
 عليه بنزل نفسه بالقياس على الصباغ فان أتمه كما شرط واتفعا على انه زاد أعطاه عن غزله لانه
 صار قابضا للمشتري باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاء بما شرط له وان قال رب الثوب
 لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النسايج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا
 فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النسايج هو
 من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول
 قول من يشهد له الظاهر وينبنى للقاضي أن يرجع الى العلماء من الحوكة فارقالوا الدقيق لا يزيد
 فيه هذا الملة مدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب
 لانه ما اشتباه على القاضي فانه ما يرجع في معرفته الى من له بصيرة في ذلك الباب كما في قيم المتلفات
 ومتى كان القول قول الحائك وحلف بخبر صاحبه على أن يعطيه ماسمى له ومتى كان القول
 قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه
 تنير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما
 جاء به وان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال الى الموافقة في أصل
 العمل وأعطاه من الاجر بحسب ما أقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله في من
 ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسبه من الاجر وفيه طريقتان باعتبار المسمى
 وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان
 القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل
 ووجوب ثمنه في ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل النير فكان على العلم واذا حلف
 فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

غزله فيطرح عنه ما أصاب قبة النزل ولم يزد على هذا في الاصل قال الجاهل رحمه الله و صواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسيج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله في ثلاثة أرطال غزل وإنما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكروا في المسئلة الاولى لان موضوع المسئلة هناك فيما اذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير الى وزن الثوب وهنا وضع المسئلة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير الى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) واذا أسلم الرجل خنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لودفع سمسما الى رجل علي أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف يستأجر باجم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاح والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر

وعدة العام وعام قابل ملقوحة في بطن ناب حابل

وحبل الحبله هو بيع ما يحمل حبل هذه الناقة وكانوا يمتادون ذلك في الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهي عن بيع الفرر واستدل أيضا بالنهي عن بيع اللبن في الضرع وعن بيع الصوف علي ظهورها ففرنا أن ما كان في مضمون خلقة حيوان لا يجوز تملكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بمقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجوز به ماسى لانعدام التسمية فيما زاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون نمنا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولودفع غزلا الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

الطحاان (قال) رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكي عن استاذه رحمه الله انه كان يفتي بجواز هذا ويقول فيه عرف ظاهر عندنا بنسف ولولم يجوز انما يجوز بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما في الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يجعل بالنسيج ويجد فيه اذا كان له في الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل فقال قشره ورببه بنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لا يعرف ما شرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي الى المنازعة وهذا بخلاف ما لو دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ في كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تتمكن المنازعة بينهما لان اللون في الثوب محسوس فاما الرائحة في الدهن المرابي غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربي به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما * يوضح الفرق ان اعلام مقدار الصبغ يتعذر على الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسما للناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربي سمسما كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيته بقبض من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذي يدخل في مثل هذا السمسما معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تتمكن المنازعة بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذا جوزناه ثم تبين بعد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز فاذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشتري فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة على أن يفعله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف واذا جاز الاستصناع في الخلف لكونه متعارفا في البطانة والنعل أجوز ولا خيار لصاحب الاديم اذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيه وكان ينبغي أن يثبت له الخيار في البطانة والنعل لانه اشترى ما لم يره لكنه قال لا خيار له في أصل الاديم لانه ملكه ولا يتأتى الرد في البطانة والنعل منفردا عن الاصل ثم البطانة والنعل يبيع في هذا المقد

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن البطانة والنعل يصير الخلف أحكم وإن الخلف ينسب إلى
القديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الأصل وهو
القديم فكذلك في البيع وإن جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد إن شاء لأنه إنما طلب منه العمل
الصالح دون الفاسد فكان هو في إقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد في العمل
مخالف فإن شاء مال إلى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وإن شاء مال إلى
الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة
مازاد فيه ولا يجاوز به ماسمى له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بأزاء العمل الصالح فعند
الفساد يجب أجر المثل وقيمة مازاد فيه لأنه المشتري له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن
أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ماسمى ينصرف إلى الأجر خاصة دون قيمة مازاد
فيه فإن المشتري شراء فاسد مضمون بالقيمة بالغلة ما بلغت لأن الأعيان متقومة بنفسها
بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر في آخر الباب في مسألة الجبة ولا يجاوز به ماسمى
في أجر عمله خاصة وقالوا بيانه في فصل يكون بينا في جميع الفصول ولكن الأصح أن قوله
ولا يجاوز به ماسمى له في هذا الموضع ينصرف إليهما لأن البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا
يجوز العقد هنا فإنه لو كان مقصودا ما جاز العقد فيه وإذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالأصل
فاذا كان الأصل لا يجاوز به ماسمى له فكذلك في التبع وسنقرر هذا الفرق في مسألة الجبة
إن شاء الله تعالى وكذلك إن سلم خرقة إلى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل
ذلك لأن البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب إلى الظهارة وأنها
بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناولها بدون البطانة والحشو كخلف فالجواب
فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصانع إذا رضى المستصنع العمل وأجاز أن لا يدفعه له حتى يأخذ
منه الأجر إلا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لأن الأجرة في الاجارات
كالتمن في البيع والمبيع يحبس بالتمن إذا كان البيع حالا ولا يحبس به إذا كان مؤجلا وعلى قول
زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالأجرة إذا كان الأصل ملكا للمستأجر لأنه صار
مسما للمعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لأن المعقود عليه الوصف الذي أحدثه بعمله وقد اتصل
ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس
ولكننا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فإنه لا يتصور منه إقامة العمل بدون أن يتصل

ذلك بملكه وما لا يمكن التجرز عنه يجعل عفووا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه في الحبس
وربما يقول زفر رحمه الله البذل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالمبدل فاذا لم يثبت له
حق الحبس فيما هو الاصل لا يثبت في البيع ولكننا نقول حق الحبس يثبت له في المقود
عليه ولا يتأدي ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه في حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم
العين وهو انما عقد على المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدي بدون العين لزمه تسليم
العين فهذا مثله (قال) في الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه حتى
يقبض أجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية في فصل بيع المراجعة وهو
أنه اذا اشترى عينا من يباع وواعده أن يستوفي الثمن منجبا في كل سبت فللمشتري أن
يبيعه مراجعة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشتري بثمن حال والميعاد لا يكون
لازما بدليل هذه المسئلة واذا دفع الرجل الى صباغ ثوبا يصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ
فهو جائز لانه اذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما
لا يتمكن المازعة بينهما فان خالفه بصبغه على غير ما سمي له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب
الثوب أن يضمه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي
له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفي النصفة مخالف واذا اختار الاخذ أعطاه
أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي له لانه رضي بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والتمنسوة فقد
قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه وهنا لم يذ كر قيمة ما زاد الصبغ فيه وروى ابن
سماعة عن محمد رحمه الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصبغ آلة العمل
المستحق على الصباغ بمنزلة الخرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا
للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ما سبق وهذا لان التائم بالثوب لون الصبغ
لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن يجعل مشتري بخلاف البطانة
والنمل فذاك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (الا ترى) أنه يتأدي بفعله فهذا تعتبر قيمة ما
زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو
انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب في الثوب بقيمة
ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل
لبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ما ذكره في الكتاب أصبح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون في حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة ما زاد الصبغ فيه وفي مسألة الخلف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان ما لا يتقوما منفرداً عن الخلف فهذا اعتبر قيمة ما زاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن يصبغه به بأن يصبغه بمصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليعضمه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر وليكننا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له في الصبغ أصلاً كان القول قوله فكذا اذا أنكر الاذن فيما يصبغه به واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتني فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين ينبغي على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع مخالفاً فلا فائدة في استخلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالتأبى باتقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم اليه خفه بنعله بأجر مسمى فهو جائز للمرف الظاهر فاذا نعله بنعل لا ينمل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى لما بينا أنه في أصل العمل موافق وفي الصفة مخالف وان كان ينمل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيداً لان المستحق مطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما في بيع العين ولو شرط عليه جيداً فأنمله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما اذا اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة ماله وجد العيب في المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملاً على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لى بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فيلزم رب الخف اليمين لله ما شرطه على درهم لان العامل يدعى عليه الدرهم ديناً في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له .أزاد النعل

في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النمل وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه واذا حلف انتفى مادعى كل واحد منهما من المقد يتي نعله متصلاً بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولا يجب أجر المثل لان المنفعة لا تقوم الا بالمقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بيته العامل لا ثباته الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا في الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان المقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولو أسلم ثوباً الى صباغ فصبغه أحمر على ما أمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بداتين وانى أنظر الى ما زاد الصبغ فيه فان زاد درهماً أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بداتين وان كان داتين أو أقل فانه يعطيه داتين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغة بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل في باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لا يجعل في ثوب انسان صبغاً يساوى درهماً بداتين اذن يخسر وهو ما جلس لهذا والظاهر أن الانسان لا يلزم درهماً بازاء صبغ يساوى داتين اذن يغبى والمغبون لا محمود ولا مأجور فاذا كان قيمة الصبغ درهماً أو أكثر فله فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كانت قيمة الصبغ أقل من داتين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من داتين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ما صبغه بداتين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين في المهر اذا كان مهر المثل لا يشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والأصح عندي انه لا تحالف هنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتنى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا تصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب واذا لم يجب التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لا اتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب الثوب كالفاسد اذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بداتين والصباغ منكر

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه
 لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفى ظاهر الدعوى والانكار
 والصبغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو
 قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل
 صبغ يزيد في الثوب قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل
 واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف فى بدل العقد ولكن
 الصباغ يدعى لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى
 على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل
 واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ فى ثوبه لان ما ادعاه كل
 واحد منهما اتفق بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به
 درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير ميرثاله عن الزيادة
 على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ فى العمل تحالفا
 وتراد لان الاجارة نوع يبيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البديل
 فیم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ
 حتى يعود اليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب
 التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لا تصور للفسخ
 بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة فى حقه ورب
 الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف
 رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف فى البيع فكذلك فى الاجارة ومحمد رحمه الله
 يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب
 قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا اتفق العقد
 بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جمل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع
 للقصار فلهذا لا يصار الى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل
 فى حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا للبعض
 بالكل وهذا لان فسخ العقد فى الباقي ممكن وفى حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا وفيما أقام من

العمل متبذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدان فملك أحدهما ثم
اختلفا في الثمن فقال هناك لا يتحالفان لأن المقد فيهما واحد فإذا تمذر فسخه في البعض بالهلاك
يتعذر فسخه فيما بقي وهنا عتد لاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يقيم عليه
من العمل فبأن تمذر فسخه في البعض لا يمنع الفسخ فيما بقي وكذلك لو قال عملته لي بغير أجر
فالقول قوله مع يمينه لما بينا أنه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله
القول قول الاجير الى أجر مثله كما في مسئلة الصباغ وقد أشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ
حين مال قائم في الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب
الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط فصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم
يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسداً لأن المعقود عليه مجهول فإنه الوصف الذي يحدث في
الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب في الطول والعرض والصفاء والرقعة والجودة
والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وإن كان أراه الثياب كان جائزاً لأن برؤية المحل يصير
مقدار العمل فيه معلوماً ولو مسأله جنسا من الثياب كان مثل ذلك مالم يرها إياه لأن بتسمية
الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوماً فإن بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله
معلوماً فهو واره أنه الثياب سواء ولو أسلم ثوبا الى خياط وأمره أن يخيطه قيصيا بدرهم فخطاه
قباء فلصاحب الثوب أن يضمه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما
سمى له لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله
يقولون القباء والقميص تتفاوتان في الاستعمال وإن كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده
مخالفاً وإنما خالفه في تميم المقصود حتى لو خاطه سراويلاً كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب
الثوب لأنه لا مقارنة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب في الفصلين
واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع اليه شبرا ليضرب به طستا فضربه كوزاً
فهو بالخيار ولا مقارنة في الاستعمال هنا ولكنه موافق في أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة
فكذلك في مسئلة الثوب وإن خاطه سراويلاً فهو في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة مخالف
فإن قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط: أمرتني بقباء فالقول قول رب الثوب مع
يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الخياط لا نكاره الخلاف والضمان والشافعي
رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البديل تحالفا اذا كان

قبل اقامة العمل فكذلك في المقود عليه ولكن هذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر دينا في ذمة رب الثوب فلا يكون هذا في معنى ما ورد الاثر بالتعالف فيه مع أن المقصود بالتعالف الفسخ وبعد اقامة العمل لا وجهه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه هو المدعى الاذن في خياطة القباء والوفاء بالمقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا في القصاراة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا على انه لم يشارطه على شئ في هذه الفصول وفي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا تقوم الا بمقد ضمان أو بتسمية عوض وعن أبي يوسف رحمه الله قال استحسنت اذا كان خيط له فأوجب الاجر له لان الخياطة التي بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمد رحمه الله قال ان كان العامل معروفا بذلك العمل بالاجر فتح الخانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا ولو أعطى صبائغا ثوبا يصبغه بمصفر بربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد المصفر في قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة أن الربع الهاشمي هو الصاع وهو ربع قفيز فكانه أمره بأن يصبغه صبغا غير مشبع وقد صبغ صبغا مشبعا فكان في أصل العمل موافقا وفي الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب في الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمي أو لانم بالزيادة الى تمام القفيز أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمي أولا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمي وأعطاه الاجر لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجهه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمي وأعطاه الاجر وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر مع قيمة مازاد من المصفر فيه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا

مصبوغا برقع قفير فصبغه بثلاثة أرباع قفيز أما إذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لأنه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف في هيئة العمل في الابتداء ولأنه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الأجر لأن أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن في الموضع الذي يجب الأجر لا ينظر إلى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب ما زاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الأجر والحاكم رحمه الله في المتقى ذكر هذا التقسيم عن أبي يوسف رحمه الله وروى ابن جماعة عن محمد رحمه الله أنه إذا دفع ثوبا لصبغه بمن عصفه بدرهم فصبغه بمنوين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وإن شاء أعطاه الأجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لأن صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلماذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وإن كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الأصح ولأنه وإن صبغه جملة فأنما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الأجر فكان هذا وما لو صبغه بدفتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه إلا برقع عصفه فإن كان مثل ذلك الصبغ يكون برقع الهاشمي فالقول قوله مع يمينه على علمه لأن الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لأنه على فعل الغير إلا أن يقيم الصباغ بينة وإن كان مثل ذلك لا يكون برقع عصفه وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لأن الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب في المسئلة الأولى ولو قال لخياط أنظر إلى هذا الثوب فإن كفاي قيصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه أنه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لأنه علق الأذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فإذا لم يكفه قيصا فأنما قطعه بغير أذنه ومن قطع ثوب الغير بغير أذنه فهو ضامن لقيمتيه ولو قال له أنظر أيكفيني قيصا فقال نعم فقال اقطعه فإذا هو لا يكفيه لم يضمن لأنه قطعه بأذنه فإن قوله اقطعه أذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لأن الغرور بمجرد الخبر إذا لم يكن في ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق آمن فسلكت فيه فأخذت للصوم من متاعه بخلاف الأول فالنهدام الأذن هناك بما صرح في لفظه من الشرط حتى لو

كان في لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو افطعه إذا فهو ضامن إذا لم يكفه
 لأن الفاء للوصل فبذلك تبين أنه شرط للكفاية في الاذن وقوله إذا إشارة الى ما سبق
 فكانه قال اقطعه إذا كان يكفيني لأن هذا شرط إلا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا الى خياط
 فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه علي أن لك من الاجر كذا وكذا فهو مثل الخلف
 الذي أمره أن يبطنه وينعله في القياس ولكن لأجيز هذا استحسانا لأن ذلك مستحسن في
 القياس بالتعامل وهذا لاتعامل فيه فيستحسن العود الى أصل القياس فيه ويقال انه مشتري
 لعدم أو لمجهول فلا يجوز ولأن هذا ليس في معنى ذلك لأن الخلف بدون النعل والبطانة
 يسمى خفوا ولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فاشترط عليه يمكن أن يحمل تبعا للعمل فاما القباء
 والجبّة لا تكون بدون البطانة والحشو وإذا كان ما التمس منه لا ينطلق عليه الاسم إلا بما شرط
 عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لاتعامل فيه فلا يجوز ذلك فإن أتاه بالقباء مبطنا
 محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ماسمى له في أجر خياطته خاصة
 لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعدر عليه
 رده فيلزمه قيمة المشتري بالنقا ما بلغ وأجر مثل عمله لا تجاوز به ماسمى له وبهذا اللفظ يستدل
 بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول في الفصول المتقدمة أن قوله لا تجاوز به ماسمى له من الاجر
 خاصة دون قيمة ما زاد فيه والاصح هو الفرق لأن الحشو والبطانة هنا لم تكن في العقد تبعا
 في العمل ولذلك فسد العقد في الاصل وإذا وجب اعتبارهما مقصوداً بقيمتها بالغة ما بلغت وفيما
 سبق النمل والبطانة في الخلف والحشو والبطانة في القلنسوة جعل تبعا للعمل في العقد ولذلك
 جاز العقد فكما أن في أصل العمل لا تجاوز بالبدل ماسمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو
 أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها ويندف القطن عليها وسمى الاجر
 له فهو جائز لأنه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر
 قص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة العقود عليه من العمل فعمل
 الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص في الطول والقصر ولوقال الثياب
 هروية ومقداره على هذا الشيء معروف فهو جائز لأن مقدار العمل بما سمي يصير معلوما
 على وجه لا يبق بينهما منازعة ولو دفع اليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله
 درهم وإن لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله أن خاطه اليوم فله درهم

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لا ينقص عن نصف درهم ولا يجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ما اشترط اذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شيء لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسداً ولانه يصير تقدير كلامه كأنه قال لك أجر درهم على خياطتك أولاً شيء ولو قال ذلك كان العقد فاسداً وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثاني أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قيصا فلك نصف درهم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما في المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجاءت الأولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو أبنتي هذه بمائة دينار فقل قبلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يمين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدري بماذا يطالبه فكان العقد فاسداً ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمناً وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وإنما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وإنما ينقد عند اقامة العمل وعند ذلك لاجهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينقد لازماً في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوماً عند العقد كان العقد فاسداً (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فنجد أبي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني فاسد وعند الشرطان جائزان وفي القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما في الفصل الاول (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيت لي الثمن الى شهر فمشرة دراهم

وان أعطيته الى شهرين خمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسميتين ولهذا
التردد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثاني فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبارا هذا
في الفصل الثاني قالا انه سمي عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد
كما في الفصل الثاني وهذا لان عمله في الغد غير عمله في اليوم ولصاحب الثوب في اقامة
العمل في كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك
بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه في
اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر
بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة
عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شيء لك فكذلك
اذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لا تحتل التطبيق بالشرط
وهذا لان الخياطة في اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل الى
الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تطبيق البرأة عن بعض
الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة في خياطة
الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم نخاطه غدا ماذا يجب
له ففي احدي الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفي الرواية الاخرى يجب
أجر المثل لا يجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فات ذلك يلزمه
أجر المثل فعلي الرواية الاولى يقول اجتمع في اليوم الثاني تسميتان درهم ونصف درهم فكان
العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى
عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثاني الى الاول في
الغد مع بقاء الاول فنجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه التسمية واحدة وهو
الدرهم لان تسمية نصف درهم في الغد لا موجب له في اليوم حتى اذا قال استأجرتك غدا
لتخيطه بنصف درهم نخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثاني بخلاف
الخياطة الرومية والفارسية لانه لا تجتمع تسميتان في واحد من العملين حتى لو قال خطاه
خياطة رومية بدرهم نخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية
الاولى لها موجب في اليوم الثاني وهو أجر المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما في قوله وان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف
 الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد المقدين موجب في العمل الاخر فسكران عقدين
 مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيها فلهذا اقتربا واذا اشترى نعلا بدرهم وشرا كا
 معها على أن يخذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس واذا كان أصل
 العقد يجوز للعرف فالشرط في العقد اذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن
 يخطيه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بمض البدل بمقابلة
 الخياطة فهي اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهي اعانة مشروطة
 في البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومثله النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسانا
 للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء الى حذاء بشرا كين ونعلاين استأجره على
 أن يخذوها له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشرا كين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما
 له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخلف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط في
 الجبة والقباء البطانة والحشوعى العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل
 والصحيح أنه لا يشترط اراءه اياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبق بينهما فيه منازعة فذلك
 كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القيمص من
 عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والجص
 من عنده وكل شيء من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد
 الا فيما بيننا للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة مازاد لانه صار
 قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفى عمله بعقد
 فاسد فكان له أجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا فقطعه
 وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان في تسليم ثوبه الى الغير
 والقباض في قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار
 الثوب بالزمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل
 بما يعامل به الناصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن
 بسبب عمل باشره لنفسه وفي الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقي في يد
 القصار فيأخذه منه والله أعلم

باب متى يجب للعامل الاجر

(قال رحمه الله واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالخرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشارك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذي يستوجب البديل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الأجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجو نفسه من آخر في تلك المدة وجه قولها أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا في الدق فالمستحق بالعقد وفي سليمان عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا في الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فإنه لا يتوصل الى اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون العيب والبديل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كأوصاف المبيع الا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية في حق النزاع فإنه عفو لانه لا يستطيع الامتناع منه والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفتمته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا على العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للقوات وهو ما فوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمن المشترك احتياطاً بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البديل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو أن يلزمه ما لم يلزمه ونظر الشرع

للكل فن النظر للاجبر أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال انما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا أن يصيب بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لأجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجبر الواحد فالمعقود عليه هناك منانه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الأجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير الى البديل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضى به متغيرا ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الأجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أيضا بمنزلة ما قبل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشتري فاما اذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لاضمان عليه ان لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفي قوله الآخر يقول لاضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضموا عليه كالمعين في الدق وأجبر الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك العفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق انما كان لو هاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير النزاع والنضاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فقيده بشرط السلامة والدليل عليه ان أجبر القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجبر وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فان كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وان لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جداً وحجتنا في ذلك ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كمالو دق الثوب بغير أمره ويان ذلك أن الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد

مماوضة فطلقة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كمقد البيع وما في الذمة يعرف بصفته والموصوف بأنه سليم غير الموصوف بأنه معيب فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هناك البديل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضى عقد المعاوضة إلا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه في الموضعين العمل والبديل بمقابلة المقصود إلا أن هناك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضييق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه اذا وجد ما هو المقصود لا يكون البديل بمقابلته كما يقام تسليم النفس في النكاح مقام ما هو المقصود ثم اذا وجد ما هو المقصود وهو الوطاء كان البديل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه في حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليما أو معيبا كما في بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لا يخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أو سليما وهنا المعقود عليه عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذا تناول الجيد لا يكون الردي معقودا عليه ما لم يسقط حقه في الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقودا عليه لا يكون المعيب معقودا عليه إلا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاع والفصاد والحجام فهناك العمل معلوم بمحده لا بصفته لانه حرج والخرج الذي هو غير ساري ليس في وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة ما يقدر على تسليمه دون ما لا يقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار في الجملة إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لا يمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة * يوضحه أن التخرق اما أن يكون لشيء في طي الثوب أو لرقعة في الثوب أو لحدة في المدة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما الدراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجنابة ولا طريق للوقوف بحال * يوضحه أن التلف هناك لا يحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بديل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا إلا أنه بالفراغ منه يصير سليما الى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان الماقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجر القصار فهو أجر واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الأستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له أجره اذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له (قال) بشر بن غياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول لضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالردي في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضى به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجر يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والقتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ لافي احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوى الهلاك بمد المنع وقبضه وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

من الجائز أن يكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة علي صاحب الثوب فيمتنع من إقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن إقامة العمل مستحق علي القصار فامسك العين الي أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وإن استأجر حمالا ليحمل له شيئاً علي ظهره أو علي دابته الي موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشي معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضي الله عنه أعلم بأن الحمل أجير مشترك بمنزلة القصار وإن تلف في يده بغير فعله بأن زحمة الناس في وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وإن تلف بفعله بأن تثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافاً لفر رحمه الله فإن التالف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار أن شاء ضمنه قيمته محمولا الي الموضع الذي سقط وأعطاه من الأجر بمحضته وإن شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لأن العمل صار مسلماً إن كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك إن كان لا يمشي معه فإنه يصير مسلماً باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود إلا بوجه فان مقصود صاحب المتاع لا يحصل إلا بوصول المتاع الي موضع حاجته فإذا انكسر في بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقي للقوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فإن شاء رضي بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الأجر بمحضته وإن شاء أبي ذلك وفسخ العقد في الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك في نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله وكان له نصف الأجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لأن المقود عليه هنا صار مسلماً بنفسه ولهذا لا يستوجب الجبس إذا فرغ من العمل فكان هو في هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم بإقامة العمل بدليل أن له أن يجبس لاستيفاء الأجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازي رحمه الله في الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولاً من أن ثبوت الخيار للتغير الي البديل وقيام البديل مقام الاصل في فسخ العقد فيه حتى أن في هذا الموضع لما لم يجب البديل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الأجر بمحضته ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء الي مكة لا يعطى شيئاً من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على دابته أو سفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ماصر مسير له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أو ثوباً أو عبداً أو غير ذلك وأصل المسئلة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أو ديناً وإنما تملك بأحد معان ثلاثة إما التعجيل أو شرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فطلقة يوجب ملك البديل بنفسه كمقد البيع والنكاح وهذا لان ماهو العقود عليه المنفعة ومنفعة العين في حكم العين فكما يملك البديل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وإن كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالوجود حكمياً بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعلوم لا ينقصد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعلوم حقيقة موجوداً حكمياً لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا هبة فيها كالحى حكمياً في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكمياً والمرتد اللاحق بدار الحرب وإذا صارت موجودة حكمياً التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكاً بالعقد حكمياً يصير مسلماً بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التعريف فيه بالاجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فأنهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار في رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لو تزوج امرأة على سكنى دار - نة فسلم الدار اليها لم يكن لها أن تجلس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ما قبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ما إذا أنهدمت الدار فان المنفعة لا تنتف في ضمان المستأجر لانا جعلناها كالوجود المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كالموجود النطفة في الرحم كالحى لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانهصال ميتاً بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالوجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الاجر أو لم يجعل المنفعة كالوجود حكمياً لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل ولان أكثر ما في الباب أن تقام عين الدار مقام العقود عليه في

حق انعقاد العقد فكذلك في ملك البديل كعقد السلم فإن الذمة لما أقيمت مقام المتود عليه
هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البديل به بنفس العقد * ووجبنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة
فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة
بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم في نفسه والملك من صفات الموجودات
فالمعدوم لا يوصف بشئ سوي أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم
واذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البديل بغير عرض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم
عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل
وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التي تحدث في المدة تجعل
موجودة حكما لانه انما يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيها استشهدوا به فان الحى
يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا
يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجمل موجودة حكما وكيف يقال
هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم
بحكم العقد يكون عقبيه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد ومالا يتصور فيه
التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالوجود حقيقة لم تقبل العقد
فبهنا تين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذى قاله الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين
الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم
المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد
انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد
بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم الحل كالإطلاق المضاف والعق المضاف والوصية والمزارعة
على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط
اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين متفعا بها
تكفى لانعقاد العقد كما لو تزوج رضية صح النكاح باعتبار أن عرضية الوجود فيما هو المعقود
عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشئ مقام غيره تكون
بطريق الضرورة فتقدر بقدرة الضرورة ولا ضرورة في ملك البديل بنفس العقد لان الملك حكم
السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن

به فلا وفي حكم ملك البدل لا ضرورة فاعتبرنا ماهو الاصل وهو أن يتأخر الى وجود الملك فيما يقابله . الدليل عليه أن قبل تسليم الدار لا يجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالتن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فكيف نقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو في حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالعقد عليه هناك العين والملك في باب النكاح لا يحتمل التأخر عن السبب فهذه الضرورة جعلناه كالوجود في حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين بشرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض واللبس تأثير في اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة في المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة في الملك لا ضرورة في التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجمع مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة في نقل الضمان ولما لم ينتقل الى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصير مسلما اليه وجواز تصرفه من الوجه الذي يجوز فيه تصرف الآخر اعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك في حكم تفرق الصفة فانه لا يمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما في حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار في سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جمعت الصداق المنافع التي توجد في المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها في الحبس عند تسليم الدار اليها لتحديث المنفعة على ما كتبها بمنزلة ما لو زوجت نفسها

عمر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر عند تسليم ما يقابله وكان يذبح في القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ الى شغل آخر بل يسلم الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة أو في حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكثرى المرء فيه دابة ثم ينتقل الى أخرى وعلى هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الاول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر وفي قوله الآخر اذا مضى من المدة ماله حصته معلومة من الاجر يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب ايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بمد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد وان شرط في العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهي المدة فهو جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضى العقد وفي قوله الآخر هذا اشتراط الاجل في الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينيا ولا يصح التأجيل فيه اذا كان عينيا ولو أبرأ عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك دينيا لم يصح ذلك في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وصح في قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به الاجارة وان كان عينيا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالبيع والمشتري اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد فأما اذا كان دينيا فن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفي قوله الآخر لا يجب بنفس العقد عينيا كان أو دينيا والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

بنوا مسألة المصارفة على هذا ولكن هذا شيء لا يروى عن محمد رحمه الله نصاب في الجامع بنى المسائل على أن الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو ديناً ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد إلا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطاً في الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر في جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط وجه قوله الآخر أن الابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق والهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقي العقد بملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شيء من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الخط فيلتحق بأصل العقد ويصير كأنه عقد في الابتداء بما بقي ولو باعه بالاجر متاعاً وسلمه اليه فهو جائز لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله ديناً في الذمة (الأتري) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئاً ثم تصادقا على أن لا دين بقي للشراء صحيحاً ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لا يجب بنفس العقد فكأنهما شرطاً لتعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمراً في كلامهما التحصيل مقصودهما كما اذا قال أعتق عبدك عني ألف درهم يجعل التملك مضمراً لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصاً بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لمذرجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انسخ العقد بعد ما صار مستوفياً للاجر بالمقاصة وجب رد ما استوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انسخ العقد ظهر أن الاجر غير واجب وان المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقي صحيحاً بثن في ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدراهم دنائير ودفعها اليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الآخر الصرف باطل فاذا افتراق قبل ايفاء العمل فوجه قوله الاول أنها لما أضافا عقد الصرف الي الاجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمحل المصريح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صار به ديناراً وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمناً في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صار به مع المكفول عنه ديناراً قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه مالم

يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بمقد الصرف وما يجب بمقد الصرف
إذا لم يقبض حتى افتراق بطل العقد كمالو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر
لم يجب بمقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف
فمرفنا أنه واجب بمقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان
الحاجة الى اشتراط التعجيل للمقاصة به لالصحة عقد الصرف فمقد الصرف صحيح بدراهم
في ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهو أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما
يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبذل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده
فان (قيل) يحمل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو
المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ماهو من شرائط العقد ووجوب
الاجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة في المجلس كان العقد صحيحا
ثم لا يشتغل بالاحتياط لبقاء العقد صحيحا (الأنرى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب
وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يطل ولكن
قيل يحتمل للتصحيح في الابتداء ولا يحتمل للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الاجرة اذا كانت
بقرة بعينها فصارفا دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا
في ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسألة الكفيل فبالكفالة كما وجب
للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أدائه والمصارفة بالدين
المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيطل عقد
الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق
أو لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار
مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فيقدر ما ينسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر
الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط في الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار
الأجل من حين يجب الاجر لان الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب
وان كان الاجر شيثاله حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة
رحمه الله العقد فاسد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم
في المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل أليس أن الاجر بمنزلة الثمن في البيع ولو كان الثمن

شيئا له حمل ومؤنة لا يشترط. فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فلا يفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لا يفاء لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لا بد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الآن عند حلول الاجل ولا يدري في أى مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفي الرواية الاخرى يجوز لان البيع في الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان في ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعارض شرط. الاجل لان شرط الاجل معتبر في تأخير المطالبة لافي نفي الوجوب فبقى مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط. الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لا يفاء ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تتمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما في السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدارتين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم الاجر في ذلك الموضع وفي الجملة حيث ما وجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لانه يطالب بايفاء ماله ولم يلزمه الحمل الى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه في الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار ديناً في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم

باب السمسار

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكنانى قال كنا ببتاع الاوساق بالمدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبما باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الالقي بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لأن ذلك يطاق في العبادات قال الله تعالى هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له إلى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه في قوله ان البيع يحضره اللغو والخلف معناه أنه قد يبالغ في وصف سلته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف في الخلف لترويج سلته فيندب إلى الصدقة ليمحو أثر ذلك كما قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلى الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتريها زطيا لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لأنه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بمشركلمات ثم استأجره على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمي له عدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كرم من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو يشتري له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجر قادر على ايفاء المعقود عليه (الآثرى) انه لو سلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسدا اذا اشترى وباع فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسى له لانه استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معيننا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما فان التعويض في هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك في هبة المنافع وقد أحسن اليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشترى هذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسى لانه استأجره للعمل الذي سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعت هذا

المتاع لى فلك درهم كان استجارا فكذلك اذا قل به ولك درهم ثم قد استوفى المقود عليه
بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاجر

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها وآجلها
لان الاجرة وان لم تجب بنفس المقدر السبب الموجب قد وجدوا لكفالة بهم وجود السبب
صحيحة كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثيق وكما يحتاج الى التوثيق فيما هو واجب
فكذلك فيما هو يمرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيوجب صحيحة كالكفالة بما يدور له على
فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل
الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق
الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ما على المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو
تأخير لان الكفالة للضم فتضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفتها
ثم الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولهذا لا تصح الكفالة الا بمضمون يطالب به
الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه
فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل
مؤخر الى وقت أدائه فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ما ألزمه في ذمة
الاصيل وبالأداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل
أنه يماثل الاصيل بحسب ما يعامل ان طوّل طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى
رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذي يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر
لم يرجع به الكفيل على المستأجر حتى يعجز ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للداء قبل
حلول الاجل وتبرعه لا يسقط حق الاصيل في الاجل الذي كان ثابتا له وكما أن الطالب
لا يتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا في
مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل علي
ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة
فالبينة بينة الاجير لاثباته الزيادة وله الخيار في استيفاء ما أثبتته بين أن يطالب به الكفيل أو

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة والكفالة بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المنصوبة فهناك الناصب لا يبرأ عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام الدين وهنا المستأجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه أجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم ما لا يقدر على ايفائه بخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفّل بنفس العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطلب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي برئ الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى الشهر وفوات العقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شيء على الكفيل من ذلك واذا استأجر محملا أو زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفّل بما هو مضمون في ذمة الاصيل وتجري النيابة في ايفائه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ المؤجر فكذلك اذا استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذى ذكرنا ولو استأجر ابلا بأعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفاء المكفول به من مال نفسه فان غير ماعين لا يقوم مقام الماعين في الايفاء فهو بمنزلة مالو كفّل بمال بشرط أن يؤدى ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليعلمه وكفل له رجل بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبفرض الكفالة

لا تثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفي ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا
 فالاجارة جائزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا في الاجارة لانهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما
 لا يوجب فساد الآخر وان كانت الكفالة شرطا في الاجارة فمقد الاجارة نظير البيع في انه
 يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة
 والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا الى
 خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفلا بالخياطة فهو جائز لانه كفل بمضمون تجرى
 فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل في ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه
 فتمكن الكفيل من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء
 فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغما ما بلغ لانه أوفى عنه
 ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجرة المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على
 الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبرا لتفاوت الناس في عمل الخياطة واذا ثبت أن
 المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه
 وبالكفالة لا تثبت له الولاية على يد الاصيل ليوفي ما التزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة
 وكذلك سائر الاعمال الله أعلم

باب اجارة الظئر

(قال رحمه الله الاستئجار للظئرة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن
 والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعني باجر وبعت رسول
 الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه في الجاهلية وقد استؤجر
 لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليلة وبالناس اليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن
 الآدمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق الى
 تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله
 أن المعتقد عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن تبع فيه لان
 اللبن عين والعين لا تستحق بمقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن
 لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعتقد عليه هو منفعة الثدي

فمنفعة كل عضو علي حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فانه قال
استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل علي أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل
علي أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر في الكتاب انها لوربت الصغير بلبن
الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته
لاستوجبت الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن علي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ترضع لكم الحماة فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن
في حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر في ذلك الرضيع لما للفضاء
من الاثر ونظيره ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا
استأجر ظئرا ترضع صبيها له سنتين حتى تفضمه باجر معلوم فهو جائز لانه استأجرها بعمل
معلوم ببذل معلوم وطعامها وكسوتها علي نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها
فقيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه في بيتها ان شاءت وليس عليها أن
ترضعه في بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهي تقدر
علي ايضاء ما التزمت في بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية
واشترطت عند القطام دراهم مساة وقطيفة ومسحا وفرشا فذلك جائز استحسانا عند أبي
حنيفة رحمه الله في هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبي يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو علي هذا
الخلافا وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما في سائر الاجارات
والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية
كما في سائر الاجارات لانها تفضي الي المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو
قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها
لانها وفيت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموها ثيابا معلومة الجنس والطول
والمرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز
كما في سائر الاجارات والبيع وأبو حنيفة رحمه الله استدلل بقوله تعالى وعلي المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف يعني أجرا علي الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) انه قال وعلي الوارث
مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لانفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

في عينه نص يبطله وفي النزوع عن هذه العادة حرج لانهم لا يمدون الظئر من أهل بيتهم
 فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام
 الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا في سائر الاجارات لتمسك المنازعة في الثاني وذلك
 لا يوجد هنا لانهم لا يمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع الى ولدهم وربما
 يكفلونها أن تأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لا يمنعونها كفايتها من الكسوة لكون
 ولدهم في حجرها ثم أحد الموضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع في سائر العقود حتى
 أن اللبن الذي هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع في العوض
 الآخر في هذا العقد مالا يتوسع في غيره واذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب
 المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية في عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما في
 الصداق اذا سعى لها عبدا أو ثوبا هرويا وهذا لان في تعيين الوسط نظرا من الجانبين ولو
 اشترطوا عليها أن ترضع الصبي في منزلهم فهو جائز كما في سائر الاجارات اذا شرط المستأجر على
 الاجير اقامة العمل في بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي في بيتهم
 مالا تتعاهده في بيت نفسها وربما لا يحتمل قلبها ما غيبة الولد عنهما والشرط المفيد في العقد معتبر
 فان كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير اذنه فللزوج أن يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا
 كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ
 العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك لا يكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك في الوجهين
 لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت
 ترضعه في بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولانها في الارضاع والسهر
 بالليل تعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار
 به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لا تعرف
 أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول
 في حق من استأجرها ولانه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بأن يقر له بالنكاح ليفسخ
 الاجارة وهو نظير المنكوحه اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها فانها لا تصدق
 في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر ماضى ولها مما اشترطت من الكسوة
 والدرهم عند القطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه في المدة الماضية فتقرر حقها فيما

يقابل ذلك من البذل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب ما يخصه من البذل ولو ضاع
الصبي من يدها أو وقع فوات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً
لأنها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل
نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير
الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل
أبوى الصبي شيء ان كلوها دجناً أو طبخاً أو خبزاً لأنها التزمت بالعقد الظئرة وهذه
الاعمال لا تتصل بالظئرة فلا يلزمها الا أن تطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصاحبه
مما يعالج به انصيادان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظئرة وان كان الصبي
يأكل الطعام فلا يس على الظئر أن تشتري له الطعام لأنها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن
ذلك كله على أهله وعليها أن تهياه له لان ذلك من عمل الظئرة فقد جعل الدهن والريحان
عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك إلى العرف في كل
وضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه
العرف في كل بلدة حتى قل في استئجار اللبان إن الزنيل والمبلن على صاحب اللبان بناء على
عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك
فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحتى التراب على الحفار في
القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقعة في القصاع على
الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس وان استأجر لطبخ قدر خاص فلا يس ذلك عليه لانعدام
العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمل اذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على
السطح أو الغرفة للعرف واذا استأجر دابة ليحمل عليها حملاً إلى منزله فانزال الحمل عن ظهر
لدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليف
والحمل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللاجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التي
لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا
الظئر قبل الاجل فلا يس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة
تنسخ بالمدى عندنا على ما بينه في بابه ثم المذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت
به ما هو المقصود ولا عذر أمين من ذلك وكذلك اذا تقايأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

فالحاجة الى دفع الضرر عنه عذر في فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته اذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان في بعض نساء الرسل كافرة كأمراة نوح ولوط عليهما السلام وما بنت امرأة نبي قط هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا أرادوا سفراً فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولا تجبره على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحيشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها انضمام تعب الرضاع الى المرض ولهم أن يخرجوها اذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تكن معروفة بالظئورة فلها أن تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبطل به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تغيرت من هذا العمل على ما قيل تجوع الحرقة ولا تأكل بسديها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مذموم فاذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تضرر بالصبر على الاذى وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من عشاها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فله أن يمنعوه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقيها في منزله فله أن يفشاها لان ذلك مستحق له بالنكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

لأنها في ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلم أن يمنعوه من الكينوة
عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها
قد التزمت ما يرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس
لهم منعها لانها حرة مالكة أمر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز لأمة التاجرة أن تؤاجر
نفسها ظنرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها وكذلك
المكاتب وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظنرا أو يستأجر ظنرا أصبي له لان الاجارة
من عقود التجارة ولان التدبير فيما يرجع الى اصلاح كسبه اليه فكما يشتري أصبي له طعاما
فكذلك يستأجر له الظنر لترضه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤجرها فان رد في الرق بعد
الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجرة أمته لم تنتقض الاجارة في قول أبي يوسف رحمه
الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحققت على المكاتب وبمجزه
بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار
بمنزلة الحر في ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فبجزه يكون
نافلا لالحق منه الى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون
فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون نافلا
لحق الى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما اذا أعتق
المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل على الفرق أن المكاتب
اذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء جديد
وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيه ولو اشترى قريب المولى لا يتمتع
عليه بيه وأنه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فمر فنان الكسب له مادام مكاتبا
فبالعجز ينتقل الى مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز
وأبو يوسف رحمه الله يقول بمجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا
عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا
حقيقة الملك ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج
المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كالتزوج بالمكاتب أمة من كسبه فمر فنان أن لكل واحد
منهما حق الملك وجانب المولى في حقيقة الملك يرجع على جانب المكاتب لانه أهل لذلك

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البديل كان الولاء للمولى الأول ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرنا أن في حقيقة الملك يرجع جانب المولى ثم إذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالجزأولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بمقد الاجارة بخلاف ما اذا مات الحر وقد قبل الاستئجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة ولاءه وقد سقطت حاجته بجزأه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبجزأه لا ينعدم ما لاجله لزمت الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجير على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المتصرف (الأتري) ان البديل المأذون المديون يتصرف في كسبه دون المولى ثم بالحجير وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانه دام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع الى اصلاح ماله كما يكون من حاجته والصحيح أنه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته فأما فصل الاستبراء فذلك ينبى على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (الأتري) ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للشترى أن يجتزئ بملك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبى على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان بملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة ينبى على انعدام ملك اليد والتصرف (الأتري) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يده له في كسب المكاتب فهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب النبي فاما بطلان الاجارة ينبى على انتقال ملك العين من المواجر الى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتهض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدي الاجر من مال الصبي اذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للاب أن يؤدي أجر الظئر منه فكذلك يؤدي معنى ميراثه بعده ولو استأجرها أن

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة
 ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل في عمل الارضاع أو يتقدم وقد
 بطل العقد في حق الميت منهما اذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجر واطن بن يرضعان
 صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على لئيهما فان كان لئيهما واحدا فلا اجر بينهما
 نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن الموقوف عليه الابن وأن البدل بمقابلته
 فان ماتت احدهما بطل العقد في حقها انقوات الموقوف عليه وللأخرى حصتها من الاجر
 ولا يجوز بيع لبن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلقه أيضا وقال الشافعي
 رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلقه لان هذا لبن طاهر أو مشروب طاهر كابن الانعام ولانه
 غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالمية والتقوم يكون
 العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه
 ويكون مالا متقوما كالصبيغ في عمل الصباغة والخبر في الورانة والمرض والصابون في غسيل
 الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحجبتنا) في ذلك أن ابن آدمية ليس بمال
 متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلقه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم
 لما هو مخلوق لا قامة مصالحنا به مما هو غيرنا فالما الآدمي خلق مالمكا للمال وبين كونه مالا وبين
 كونه مالمكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى في قوله وهو الذي خالق لكم مافي الارض جميعا
 ثم لاجزاء الآدمي من الحكم مالمينه (ألا ترى) أن شعر الآدمي لا ينتفع به اكراما للآدمي
 بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمي يدفن وما يفصل من سائر الحيوانات ينتفع به
 والابن حرة متولد من عين الآدمي (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة الرضاع
 كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو أصل الآدمي والمتولد من الاصل يكون بصفة
 الاصل فاذا لم يكن الآدمي مالا في الاصل فكذلك ما يتولد منه من الابن بمنزلة الولد (ألا ترى)
 أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعاً وأن ابن الاضحية اذا حلبت يتصدق به ولهذا روى
 عن أبي يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبارا للبن بالولد ولكن هذا
 ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فالما الآدمي بدون هذا الوصف لا يكون محلا
 للبيع ولارق في اللبن لان الرق فيما تحمله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة في اللبن
 والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المنور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

متقوماً كان ذلك المستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المورور ولا يدخل على شيء مما ذكر النافع فانها تقبل العدة من الحر لان النافع لا تولد من الدين ولكنها أعراض تحدث في الدين شيئاً فشيئاً فكانت غير الآدمي ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الآدمي وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عديم والدين الذي هو مال مقصود لا يستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبي فصاحب الثوب هناك لا يستحق بالاجارة عين الصبي بل ما يحدث في الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باي شيء أزال ذلك استحق الأجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر ولا نسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعتد للحاجة الى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتل البيع بالاتفاق فاما ما يجب القوارير قل ما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز ذلك فساد لانه يؤثر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الآدمي متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الآدمي في الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الآدمي بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن في الاصل حتى لو اندمجت الجراحة بالبرء ونبتت السن بعد القلع لا يجب شيء لانه لا نقصان في الاصل فكذلك الاتلاف في اللبن لا يمكن نقصان في الاصل ولهذا لا يجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطى في حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان في الاصل قلنا المستوفى بالوطى في حكم النفس من وجه ولهذا لا يجعل البديل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا ترى) أنه لا يضمن بالاتلاف بعد البديل ومثله لا يضمن اذا لم يكن متقوماً وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والغرورة ولو أصاب ثوباً لم ينجسه لان الآدمي طاهر في الاصل فالتولد منه يكون طاهراً الا ما قام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى) أن عرقه

ويزاؤه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحى انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في
 اللبن ولا يحمله الموت ولان المستحيل من الغذاء الى فساد وتفنن رائحة يكون نجسا واللبن
 ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا
 ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضت حتى فرغت فانها قد أثمت وهذه جناية منها لان
 منافعها صارت مستحقة للأولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرفت تلك المنافع الى الآخرين
 يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تصدق
 بشيء منه لان ما أخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ما مكها فان منافعها مملوكة لها
 ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التي قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر
 في اعتقادها دون لبنها والانباء عليهم السلام والرسول صلوات الله عليهم فيهم من أَرْضَع
 بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر في لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له في بيتها فدفعته
 الى خادمها فارضته حتى انقضى الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل
 الارضاع فلا يتعين عليها مباشرة بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود
 أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم ييس لبنها فارضت خادمها حولا آخر فلها الاجر
 كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما ولا شيء لخادمها لان المنافع لا تقوم
 الا بالتسمية فقيما زاد على الشروط لانسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو ييس لبنها فاستأجرت
 له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفي القياس لا أجر لها لانها
 بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفي الاستحسان لها
 الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما
 استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو ييس لبنها في بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار
 لتحصيل مقصودهم وتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لاعلى ضمانها ونهى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن واذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا
 وقال الشافعي رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا
 تطالب به ولا تجبر عليه اذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة
 مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو
 نظير نفقة الاقارب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار على الارضاع (وحجتنا) في ذلك قوله

تعالى والولادات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والأمر يفيد الوجوب فظاهره يقتضي أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار على مثل هذا العمل لا يجوز واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله . مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الأجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة في هذا العطف إشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد ما يكون بمقابلة الارضاع فاذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لا يستوجب عوضا آخر بالشرط. والمضى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لا يجوز كالأستئجار على كدس البيت والتقيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هي في الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الأجر على الزوج بالشرط كما في التقيل واللمس والمجامعة وهكذا تقول في سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفقته اليهما فهو لا يستوجب عليه الأجر بالشرط وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفقته اليها وكذلك لو استأجرها بعد الطلاق الرجعي لان النكاح باق بينهما بقاء المدة فعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء المدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد على الأب كنفقته بعد الفطام وكذلك في المدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لا يجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكننا نقول معنى الاتحاد الذي كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لا يكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها - ليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله أنه كان للرضيع مال استأجرها في حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس في مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الأجر في ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها ليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الأعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك اذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبذلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الأجر لان المكاتب كالحر في منافمها ومكاسبها بوضعه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبها ولو

استأجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لا تؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو خته ترضع صبيا له كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لا تؤمر به فتوى فيجوز استئجارها. عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألقها الصبي لا يأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لا تعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا في الاجنبيات أنها اذا لم تعرف بذلك العمل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك في المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا في يدها فجعلت تؤجر لبن الغنم وتقدمه بكل ما يصاحبه حتى اكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البديل بمقابلة الارضاع وهي لم ترضعه الا بما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أنت به مفسد فلا دمي لا يترتب تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصالح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الآدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ما أدعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا في ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على الباقي واذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذي يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الأجر لانه التزمه بالمقد وهو متطوع في ذلك لانه لا ولاية له عليه في الزام الدين في ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلى أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريتهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد القظام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قوله وليس له أم ترضعه اشارة الى أن الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر في ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فان كان لاولى له فاجرة الظئر على بيت المال بمنزلة نفقته بعد القظام والله أعلم

باب اجارة الدور والبيوت -

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريد)

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) لها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لا تتفاوت فيها الناس ولان سكنه لا تكون الا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بان لا يسكنه أحد وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكنه لانهم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها ما بدا له من الاعمال يعنى الوضوء وغسل الثياب وكسر الخطب ونحو ذلك لان سكنه لا تخلو عن هذه الاعمال عادة فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبناء ما خلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه في الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتابة والخبز في المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الخطب القدر المعتاد منه لا يوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبميره وشاته وهذا اذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تدسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج الى أن يسكنها صديقه بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لا يضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجزها باكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصالح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلى قول الشافعي رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالايمان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باءه ورج فيه فالرج يطيب له لانه يرج على ملك حلال له ولكننا نقول المنافع لم تدخل في ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

لو انه دعت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لاعلى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ربح ما لم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقويم بالتسمية بدليل ان
المستعير لا يؤاجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكك منفعتها وجمعت لك منفعتها
ولو اُضاف الاعارة الى ما بعد الموت ثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك اذا أوجبه له في
حياته ومع ذلك لا يؤاجر لانه ليس بمقابلة تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد
الاول لتسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين
فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زاد فيه شيئاً حينئذ يجعل
الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك اذا أجره بجنس آخر
لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك فاما عند اتحاد
الجنس يعود اليه ما عزم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب
خبيث بمنزلة المستعير اذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل
واحد منهما أن يتقاضى الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت الى ما لا يعلم متناه
تتناول الادنى فالتأزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان لكل واحد منهما أن يتقاضى الاجارة
فان سكنها من الشهر الثاني يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة الى تمام
الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم اذا سكنها يوما أو يومين فيلزم
العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة
الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم يقول
الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذا مضى ساعة فالعقد يلزمهما وهذا هو القياس
ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما في اليوم الاول من الشهر
واذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذي استأجرها عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه
اذا أطلق ذكر الشهر ايسر بعض الشهور لتعيينه للعقد باولي من بعض وجهالة المدة مفسدة
لقد اجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالمقدمين فلا يتعين باسم النكرة (الآثرى)
انه لو قال لله علي أن أصوم شهراً لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه ولكننا نقول
الاقوات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتبين الزمان الذي يعقب السبب كافي الاجال

والايمان اذا حاف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا
بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص بالشروع فيه ببعض
الاوقات حق أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيد وأيام التشريق * يوضحه أن
الشروع في الصوم لا يكون الا بزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة
في العقد لا يستدعي معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد
الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد في اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال ثم أو نقص
وان كان ذلك اليوم في بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الالهة أصل في الشهور قال الله
تعالى يسألونك عن الالهة والايام تدل على الالهة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله
صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكلوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الى البدل
اذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن
فكان له أن يسكنها الى أن يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان في بعض الشهر فقد تعذر
اعتباره بالالهة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه اذا
استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طال أو قصرت وفي قول الشافعي رحمه الله لا يجوز
الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفي قول آخر يجوز الى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من ذلك
وفي قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة في بعض
الاشياء لا تتم الا بسنة كما في الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثاني يقول
المادة أن الانسان قل ما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا
كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالايمان القائمة بالعقد على العين
يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة * وحجتنا في ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه
والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل
والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار
هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو أكثر وقد دل على
جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت عشرا
فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة في عقد الاجارة كالسنة
وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبق بينهما منازعة فان استأجرها

سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالالهة اثني عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحد عشر شهرا بالالهة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الالهة أصل والايام بدل في الشهر الواحد تقدر الالهة في احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير الى البدل ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لأن ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لأنه ما لم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني فاذا كان ابتداء الشهر الاول في بعض قنانه في بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثاني في بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك في كل شهر وقد ذكر في كتاب الطلاق في باب العدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبي حنيفة واحد الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لا حاجة الى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فاذا أهل الهلال يتجدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هذه الحالة فلماذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في العدة لأن السك في حكم شيء واحد فتعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحد عشر شهرا بالالهة وستة عشر يوما من الشهر الباقي وهذا غلط والصحيح ما ذكر في بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما في ذلك الشهر فلا يسكنها في آخر المدة الا أربعة عشر يوما تمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر واذا استأجر بيتا في علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد الانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتها واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الحالان التقييد اذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة في حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لا ضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف في

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضره فهو يريد أن يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذي والحربي المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وان استأجر الذمي دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلي لنفسه دون الجماعة لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكنها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ فيها مصلي للامة ويضرب فيها بالناقوس فرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهي عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس في أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد في أحداث الكنائس في أمصار المسلمين وفي الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بنى آدم فذلك منهى عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال الله تعالى ولا آمرهم فلا يغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى في أمصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى الا أن يكثروا على وجه تقل بسببه جماعات المسلمين فينشد يؤمرون بأن يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذي يسكنه المسلمون على وجه يأمنون للصوم ولا يظهر الخلل في جماعات المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس في أمصار المسلمين فاذا أراد أن يتخذ مصلي العامة فهذا منه أحداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمر في أمصار المسلمين لان ذلك يرجع الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيتهم الذمة على أن يظهروا ذلك فكان الاظهار فسقا منهم في التعاطي فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى في أمصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا في دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب في سواد الكوفة فان عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما في ديارنا يمنعون من أحداث ذلك في السواد كما يمنعون في المصر لان عامة من يسكن القرى في ديارنا مسلمون وفيها الجماعة والدرس ومجلس الوعظ كما في الأمصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الأمصار موضع إعلام الدين نحو إقامة الجماعات وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام في أحداث البيع في الأمصار معنى المقابلة

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا ينعنون من احداث ذلك في القرى (قال)
 رضى الله عنه والقول الاول عندي اصح فان المنع من ذلك في الأثمار لا يفتن به بعض
 جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم اذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم ماشاؤا
 وخوف الفتنة في اظهار ذلك في القرى أكثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي
 صلى الله عليه وسلم في قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ما قلنا قوله صلى الله
 عليه وسلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لانراء نارهما وقوله صلى الله عليه وسلم لا نستضوا
 بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق في الدار أو دعارة أو كان يجمع فيها على
 الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لالمللكة الدار بل على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض
 على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرج من الدار من أجل
 ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والمذر ضرر يزول بفسخ
 الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا يفسخ الاجارة لاجله أرايت لو كان باعه الدار كان
 يفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له الي ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط حائط من الدار
 فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر في ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان
 المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور
 العبد وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل في
 مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة اذا مرض
 وهذا لما تقدم أن قبض الدار لا تدخل المنفعة في ضمان المستأجر فحدث المغير بمسد قبض
 الدار وقبلة سواء الا أن ينتبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فينبذ لا يكون للمستأجر
 أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد اذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب
 الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بحضور
 من الاجر لما فيه من الزام حكم الرد الآخر فيستوى في ذلك ما قبل القبض وما بعده كافي
 رد المبيع بالعيب ولو خرج في حان غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد
 ق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب
 الدار لان التغير في وصف المعقود عليه فاذا رضى به لا يحط شيء من الاجر كالمشتري اذا
 رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا وفيه

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكننا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الحراب للسكنى لا يجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد وإذا انفسخ العقد سقط الأجر سواء كان رب الدار شاهدا أو غائبا لأن اشتراط حضوره للفسخ قصد الإلغاء لا الإفساخ حكما (وطريق آخر وهو الأصح أن العقد لا يفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فأنهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فأنهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس للمؤاجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم يفسخ ولأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الأجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الأجر فكذلك إذا انهدم البناء بخلاف ما إذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذى قصده بالعقد قائم فيلزمه الأجر ما لم يفسخ العقد بمحض من رب الدار وإذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الأصل الذى بينا أن عنده المنافع في حكم الأعيان القائمة فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها إذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الإنسان قد يستأجر دارا وحائوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة في أيام الموسم فإذا منعه في المدة التى كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا يتمكن تفرق الصفقة مع تفرق المعقود وفوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في عقد آخر بخلاف البيع * يوضحه أنه لو استأجر دارين وقبضهما فأنهدمت احدهما لا يتغير في الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لأن تمام الصفقة

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا يتا كان مشغولا بتتابع المؤاجر رفع منه من الاجر بحسب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى في البيت حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه في الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع السكك منه لم يجب عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكبل والموزون شرط له أجلا ولم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن في البيع فان الاجارة نوع يبيع فما يصلح بدلا في البيع يصلح في الاجارة والمكبل والموزون يصلح بدلا في البيع موصوفا حالاً كان أو مؤجلاً والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معيناً فكذلك في الاجارة وهذا على الطريق الذي يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذي يقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت في الذمة بدلا عما ليس بمال في العقود المبينة على التوسع في البدل وهو ما لم يشرع في الاصل لتعصيل المال فأما الاجارة مبنية على الاستقصاء في البدل مشروعة لتعصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة وان استأجر دارا بعبد بمنه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقايضا لم يجز عتقه لما بينا أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستأجر دفع اليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شيء عليه وان انسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالعبد فمحل المتيقن قيمة العبد لان العقد لما انفسح وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ المتيقن فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلب عليه وملكه اياه بالسليم اليه حال قيام العقد فنفسد عتقه والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهر اثم أعتقا جميعا العبد وهو في يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق المستأجر فيما بقي منه لان رب الدار ملك منه حصه ما استوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد مشتركا

بينهما فاذا أعتقه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقي لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن في الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ما سكن لان العقد انتقض بهلاك المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة في تلك المدة مستوفاة بمقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقه لا يلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لما يخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه اليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم الى رب الدار فانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحققت فالأجر للأجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا في كتاب الغصب أن الغاصب اذا أجر المنصوب فالأجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفي قياس قول أبي يوسف الاول لا يتصدق لانه كان يقول المقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استرجع علي ضمانه لا يلزمه التصديق به كما في المودع اذا تصرف في الوديعة ولو أنهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والمقار يضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤجر لانه مغرور من جهته بمقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل فامى سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر القامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشتري به من القامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفى أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل القامى بذلك يجوز وليس للقامى على المستقرض شيء لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه كتسليمه الى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار على المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم في المصارفة في الأجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للقامى على الرجل دينارا أو أجر البيت عشرة دراهم في كل شهر فضي شهران ثم أمر رب الدار القامى أن يدفع أجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والقامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة ما لو كان اشترى به من القامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجوز لأن القرض مضمون بالمثل وشرط شيء آخر مكانه باطل وإن أحاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فأنما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لأن ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس القامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع القامى على المستقرض بشيء لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم ورب البيت على المستقرض بالدراهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما في حصة الدينار فإنه يرجع بالدينار بعينه على الذى كان عليه الاصل لأن المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان في ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على القامى بشرط التعميل فإنه قال وأمره أن يعجله قلنا بشرط التعميل انما يعتبر اذا كان مذكورا في العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس القامى بذلك ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافى رحمه الله يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالأعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها ببعض وإن جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما اذا اختلف جنس المنفعة وانما فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النساء ما يكون عن شرط في العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع في حكم الأعيان دون الديون لأنها لو كانت في حكم الدين لم يجوز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وإن اختلف الجنس

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت في الحال بل تتأخر الى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة - والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخر ان جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فلما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلًا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته الى خدمة العبد أو ركوب الدابة ثم ان عند اتحاد الجنس اذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كما لو استأجر دارا ولم يسم الأجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما أن المنفعة تقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد واذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره قال (الأتري) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة الى بقاء العرر والمكيل في الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شيء بعينه من العروض والحيوان أو الموزون وتبر الذهب والفضة وفي هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف الروايات في كتاب الشركة وان كان الأجر شيئا من المكيل والموزون بغير عينه موصوفا كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنًا والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئًا بعينه جاز ان يقبضه في المجلس أو لم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئًا بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه التقتض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

في ثمن البيع وليس له أن يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز إلا على قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه من عليه فكذلك من غيره ولكننا نقول اذا باعه منه يصير قابضاً له بذمته واذا باعه من غيره فهو لا يقدر على تسليمه ما لم يستوف ولا يدري متى يستوفى فانما يبيع ما لا يقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلاً مجبواً وهو الى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتاً بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك وكذلك كل ما اختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضاً لانه لا يظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم (الآ ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز في عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالي عن المقابلة ففي عقدين أولى واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة في كلامه فاسم الدراهم يتناول النهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيغ وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفاً لم يصدق بيته ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفاً والمناقض لا قول له ولا تقبل بيته ولو كان الاجر ثوباً بعينه فقبضه ثم جاء يرد به بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئاً بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيراً أو فاحشاً على قياس المبيع ثم ينسخ العقد برده لغوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد ازمه رد المستوفى من السكنى ورد السكنى برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون من البديل كما في البيع واذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعاله وهو الذي شغل ملك التير به فعليه تفريره اذا خرج من

الدار ولكن ما أشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الأرض فاما البالوعة وما أشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفي القياس هذا كالأول لأنه اجتمع بفعل المستأجر والاستحسان وجهان (أحدهما) العرف فإن الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة إذا خرج من المنزل وقد بينا أن العرف معتبر في الإجارة (والثاني) أن البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف إلى الحفر وذلك تعرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج في التفريغ إلى نقض بناء وحفر فعليه إخراج ذلك وإن اختلفا في التراب الظاهر فالقول قول المستأجر أنه استأجرها وهو فيها لأن رب الدار يدعي لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضوع ويدعي أحداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أو مسقفا فعلى المستأجر كونه إذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولأنه ظاهر على وجه الأرض وإنما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولأنه لا يملأ ليترك بل ليفرغ إذا امتلأ وكان التفريغ على من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة في بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لا يجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره إخراج ما أحدثه فيها من تراب أو سرجين كان جائزا لأن ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيده إلا وكادة وإذا استأجر فامى من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الأواني والرفوف والتحاتم التي قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لأن الظاهر شاهد له فهو الذي يتخذ ذلك عادة لحاجته إليه فرب البيت مستثنى عن ذلك فإنه يبنى البيت ليؤجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولأن هذه الأشياء موضوعة في البيت وفي الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان إذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التي فيها واسطواناتها فذلك كله للطحان لأنه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاد والحداد وما أشبهه من الأدوات والآلات التي تكون للصناع ولو استأجر أرضا لطبخ فيها الآجر والفخار ثم اختلفا في الآتون التي يطبخ فيها الآجر ففي القياس القول قول رب الأرض لأنه بناء كسائر الابنية وفي البناء القول قول رب الأرض لأنه تبع لأرضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لاني رأيت المستأجر هو الذي بنى وإنما يبنى الحكم على ما يعرف عند المنازعة

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (ألا ترى) ان كل عامل من هذا الجنس يبني الاتون على الوجه الذى يتخذه أهل صنفته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أوفى باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهى كذلك وكذلك الآجر المفروش والعلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذى يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى فى الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذى يحدث ما به ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان فى الدار من لبن موضوع أو آجر أو جص أو جذع أو باب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب فى البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البيئتين فى كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبيئتين بيئته رب الدار لانها مبنية لحقه ولو كان فى الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلمها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدونه السكنى ولانه يحتاج فى قلمها الى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البيئته وكذلك الخصى والسترة والخشب المبنى فى البناء والدرج فالمراد من الدرج مايكون مبنيا منه فاما مايكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لا يحتاج فى رفعه الى قلع البناء وهو موضوع كالامتنعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجران القول قول المستأجر وفى التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء فى الدار فيحتاج اليه كل ساكن فاما الاتون فانه يحتاج اليه من يطبخ الاجر دون من يعمل فى الارض عملا آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذى يبنيه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذى يبني التنور ولو كان فى الدار كوارت نخل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالتناع الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالآجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان للمستأجر أن يطلع من ذلك ما لا يضر قلعها بالدار لانه عين ملكه فاما ما يضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن للمالك ذلك العين أن يقلعه فاذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب لإنسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا فى نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانها لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هولي فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء في الدار على أن يجبسه له من الاجر فاتفق على البناء واختلف في مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبني أو بنيت بغير اذني لان المستأجر يدعي عليه الامر وبه يصير موفيا لاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصرعان فسقط احدهما وقال المستأجر همالي أو قال هذا الساقط لي ويعرف أنه أخ المغلق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما في المغلق غير مشكل والساقط اذا كان أخ المغلق فهما كشيء واحد مضي في معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان في البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هولي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول في ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالهو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجمل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذي اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطينها واصلاح الميزاب وما هي من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل ستره يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المقود عليه بصفة السلامة فان أبي أن يفعل فله مستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمقود عليه الا أن يكون استأجرها وهي كذلك وقد رآها فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلا من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج في ذلك الى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج اذا أبي رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقدة حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقصود أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله

والشروع فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الاجارة وعند أبي يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز وتهيأ أن فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال
فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة والجزء الشائع منفعة (الآثرى)
انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد
من المستأجرين يملك منفعة النصف شائما والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان
جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة
مع البيع فاذا جاز تملك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة
رحمه الله يقول التزم بمقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق
أو أجره * ويان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر
ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائما انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايا على
المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايا على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما
جميع الدار في بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان بأضافة
العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم مالا يقدر على تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه
الله انه كان يقول اذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله
واذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان الى المهايأة فلما أن يعود
الى يد الاجير جميع المستأجر في بعض المدة اذا تهايا على الزمان أو بعض المستأجر في جميع
المدة اذا تهايا على المكان وعود المستأجر الى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما
لو أعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقرن بالعقد يبطل الاجارة
فلما اذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهايأة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود
المستأجر الى يد الاجير وانما يعود الى يد أجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو أعاره المستأجر
أو أجره من أجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء
المعقود عليه لا يتأدى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه
لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد
استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم
يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بمدة انعقاد

العقد وهذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك في الجزء الشائع يتم فأما اذا أجرة من شريكه فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجي المفراض لمنفعة فرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجرة من غير شريكه فهناك بتعذر الاستيفاء على الوجه الذي أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن هو في يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من في يده لا يجوز لمجزئه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فالشروع هناك ينعدم المقود عليه لان المقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك في الشائع وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشروع لا ينعدم المقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشروع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره في ذلك سواء وأما اذا أجرة من رجلين فتسليم المقود عليه كما أوجبه المتقدم قدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيها وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فقد ذكر الطحاوي عن خاله بن صبيح عن أبي حنيفة رحمه الله انه يفسد العقد في النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع تقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المقود عليه فاما أصل العقد منه قد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر المعجز عن التسليم فانما يؤثر في العقد الذي يتعلق به استحقاق التسليم رجل تشارك دارا من رجل علي أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا في البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

ولو تكرارى منزلا كل شهر بدرهم نفلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكن قاصد الى الاضرار بالاخير فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤجر أن يتمكن من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم يستوف ولو تكرارى منزلا في دار وفي الدار سكان نفلى بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طاب الاجر فقال ما سكتته حال بنى وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه بحكم الحال فان كان المستأجر فيه في الحال فلا أجر عليه وان كان الناصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول الى المعلوم وبحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا اذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة بحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن في الحال فالمستأجر ضامن الأجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة في الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكرارى بيتا ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة الى تسميته وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرهما لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطابق العقد فان عملها فأنهدم البيت فهو ضامن لما أنهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يتملك المضمون بالضمان مستندا الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعلية الأجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب في المنفعة وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه واذا أنهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لا يجاب الضمان عليه فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله اذا أقر بشيء دون شيء ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالمقد فعلية أن يثبت ذلك بالينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

فيه معه غيره فلم يهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متمدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لا توهم البناء ولكنها تزيد في عمارة الدار واذا طلب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتنى بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر في ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين اذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك في يده لان العين متقوم في نفسه ولا تسقط قيمته الا بالاجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البذل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هى دار فلان وكلنى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها في يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هى دار فلان ولا ن الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفائها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تملكها عليه ولا أجر عليه لانه في حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقاراره له بالسبب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة. رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فأكروا من المنزل بيتنا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والمقار لا يضمن بالغصب ولا ضمان على المستأجر الثاني الا أن يهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا واذا أنهدم من عمله وضمنه رجع به على الذى أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلتزم شيئا من الاجر والكراء على الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن أقامه مقام نفسه في السكنى في المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد في الشهر الواحد ثم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر في الدار بثرا للماء أو الوضوء فمطب فيها انسان أو دابة فان حفر بأذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن اذا كان متعمدا في السبب وهو في الحفر بغير اذنه متمدى فاما في الحفر بأذنه لا يكون

متمديا ولكن يحمل فعله كفعل رب الدار وان تكارى دارا كل شهر بعشرة علي أن يعمرها
 ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان ما يعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه
 فهي الجباية بمنزلة الخراج فهي مجبولة فقد شرط لنفسه شيئا مجبولا مع العشرة وضم المجبول
 الى المعلوم يحمل الكل مجبولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله واذا
 سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا ما بلغ لانه استوفى المنفعة بمقد فاسد ورب الدار ماضي بالمسمى
 حين ضم اليه شيئا آخر لنفسه فلم يدر لزمه أجر المثل بالغا ما بلغ والاشهاد على المرتين والمستأجر
 والمستعير في الحائط الوهي باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه
 يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لا يمتنعون من التفريغ بالمخدم
 فلا توجه عليهم المطالبة. رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار
 وأوقفها على بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابة فوعل
 انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الضيف لانه غير متمدى في ادخال الدابة
 وإيقافها في الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت
 انسانا حينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكارها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط
 فيها دابته من غير رضي الساكن لان الساكن فيما يرجع الى الانتفاع كالمالك والمالك كالأجنبي
 فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متمديا في التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهر بالخدمة
 عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فلا جارة فاسدة لجألة أحد العوضين وان كان بعينه فلا جارة
 جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار
 لان بموت العبد فوات المقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد في حق السكنى وبقيت
 السكنى مستوفاة بمقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم
 على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فلا جارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا
 الشرط لا يلازم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمي لان المستأجر التزم المسمى
 بدون أن يسكنها فالتزامه لها فاذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى اذا لم يسكنها فنسب
 السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاء أجر مثلها بالغا ما بلغ فان تكارها على أن يسكنها فلم
 يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها على (قال) هذا يخر بها فليس له ذلك حتى
 تنقضي المدة لان ما قبل من السكنى (الآتري) انه لو سكنها كان له أن يحمل فيها من الحبوب مع

نفسه ما يحتاج اليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله واذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه في الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لان العقد لم يجر بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالأجر فكذلك اذا أسكنه دارا يكثرها فان تكارى منزلا في دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكس البئر التي في الدار ففعل وطرح ترابها في الدار فغضب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له ذلك الا بالكس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب الى الطريق فينثذ هو متعدي في التراب في الطريق فكان ضامنا . رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفي أحد قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على الاصل الذي بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالا عيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شيء من العقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجوز شرط الخيار في النكاح فكذلك في الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة * وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لا كان المقصود المال وقد يقع فيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الثمن عن نفسه والاجارة في هذا كالبيع (ألا ترى) أنه في الرد بالعيب يحمل كالبيع فكذلك في الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويمتد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل في ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها في المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

ثلاثة أيام فإن رضيها أخذها بمائة درهم وإن لم يرضها أخذها بخمسين فلا جارة فاسدة لجهالة
 لاجرة وإن سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للمقد الفاسد بالجائر
 وإذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الاجارة لانه قائم مقامه لو كان بالغاً في كل عقد
 نظراً له إلا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع
 وهذا لانه مأثور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصليح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير
 ويجوز لو كسل الكبير أن يؤجرها بما قل وكثر في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في
 قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله إلا بما يتغابن الناس في مثله وهو نظير البيع في ذلك. رجل
 تزوج امرأة وهى في منزل بكراء فكث معها سنة فيه ثم طاب صاحب المنزل الكراء وقد
 أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبر دفلاجارة على المرأة دون الرجل لانها
 هى التى باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فإن كان قال لهالك على مع نفقتك أجر
 المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن ديناً واجبا لرب المنزل وإن أشهد لها به
 ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لاله فلا يكون هو ضامناً لها
 ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فإن شاء أعطى وإن شاء لم يعط وإذا تكارى داراً لم يرها فله
 الخيار إذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا في البيع قبل الرؤية
 فكذلك في الاجارة ورؤية الموقوف عليه وهو المنفعة لا تثنى ولكن يصير ذلك مالم يبرؤية
 الدار فإن منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار في الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك
 فلا خيار له فيها إلا أن يكون انهدم منها شيء يضر بالسكنى فيئخذ يتخير للتغير وإذا استأجر
 داراً سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة
 واحدة باتحاد الماقيدين فبال تفصيل في ذكر البديل لا تفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل
 وجوده كعدمه فيكون العقد لازماً في جميع السنة لا يفسخه أحدهما إلا بعذر وإن قال
 المستأجر استأجرتها شهراً فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل
 العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك إذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤجر لانها تثبت
 الزيادة وإن استأجرها شهراً بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه
 في الشهر الثانى لانه غاصب في السكنى والمنافع لا تقوم الا بالمقد وعند ابن أبي ليلى رحمه الله عليه
 أجر مثلها في الشهر الثانى وقد بينا نظيره في العارية فإن انهدمت من سكنها قال انما انهدمت في

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب
الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد على الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى
فيه قليل المدة وكثيرها واذا أجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح فلما انقضت المدة قال
المستأجر لم أقدر على فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضا ما جعل
القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح ما اتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل اليه المفتاح
يمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة
المستأجر بآبائه السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد التقيد والمستأجر ينفي
ذلك واذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها الى آخر الشهر فقال المستأجر لا أعطيك
الاجر لانك لم تحل بينى وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لانه استوفى
بعض المقود عليه وهو منفعة المنزل الذى في يده فليزمه الاجر بقدره اعتبارا للجزء بالكل
رجلان استأجرا حانوتا يملكان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر خيرا فاقدمه في الحانوت
وأبى الآخر أن يدعه (قال) له ان تعمد في نصيبه من شاء ما لم يدخل على شريكه في نصفه ضررا
يئنا لان لكل واحد منهما ملك. منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا
أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متمدد الى نصيب شريكه وفيه
ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبنى وسط
الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف في العين فان ما يملك مالك الرقبة وهما يملكان
المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابهما كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين
فيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكرأ. جائز في الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه
أضاف المقدم فيهما الى محله وهو عين. منفعته به (الأتري) أنه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى
منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه. من
الأجر كما كانا يتبين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا. منزلا واشترطا فيما بينهما أن
ينزل أحدهما في أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في أصل الاجارة فالاجارة جائزة
ولصاحب الاقصى أن ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التي بينهما بعدما ملك المنفعة
بالاجارة بمنزلة المهايأة والمهايأة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانفعا بالمقدم من
الآخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقر

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الأجر وقيل هذا اذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما يهدم بعمله واذا مات أحد المكارين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا في خصلة واحدة وهي اذا شرط علي الخياط أنه يخط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جمعت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد على المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق في الكل فبموت الاجير لا يتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة اذا زرعها المستأجر ثم مات فان الاجارة لا تنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه في تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالنكاح فان زوج أمنتته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لنضمه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولي بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) في موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه ويان ذلك أن رتبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرتبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانقال الملك فيها الى غيره وتوضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير وهذا لان الاجارة تجدد في ملك المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغي أن تعمل الاجارة فيها من المورث (قلنا) انما لا تعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعمل عند ذلك أن العقد مضاف الى محل حقه وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رتبة الامة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الآخر في موت المستأجر وهو أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا ترى) ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

المستعير مالك للمنفعة وفي حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصي له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لا تورث والدليل عليه لو أوصى برقة عبده لانسان وبخدمته لا آخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى والتي لا تحدث لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه وفصل الارض المزورة والسفينة اذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة في القياس تبطل الاجارة فيها ولكن في الاستحسان لا تبطل للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لا تعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتى لو مضت والزرع بقل بمقتبينهما عقدت الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر فلا يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لا يورد نقضا على القياس اذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد يتقضى في حصته فان رضى الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما في حصته بالتراضي وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففي نصيب الحى منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارىء لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين الشيوع الطارىء والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد المستأجرين فبطلان العقد في نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية فيه عن أبي حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكرري دارا سنة علي أن يعجل له الاجر فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يمطيه فاراد أن يخرج به قبل السنة (قال) يا خذ به بالاجر حتى يعجله وليس له أن يخرج به حتى تمضى السنة لان العقد لازم كالبيع والمشتري اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبائع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك في الاجارة بعد شرط التجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله واذا بنى المستأجر في الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متمدى في هذا التسبب فان

اتخاذ التور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير إذن رب الدار فعمله في ذلك كفعل رب الدار فان تكراري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضى الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ماسكن وان خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الاجارة فيبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند المذنبين فرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضي لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بينا أن عقد الاجارة في حكم المتجدد في كل ساعة فلما على رواية الزيادات لا ينفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الأجر اذا خرج ما لم يقض القاضي بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه . رجل وكل رجلا أن يؤجر منزله فاجره من ابن الموكل أو ابنيه أو عبده أو مكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالأجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فانه لا أجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كمقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا في عبده خاصة فان المولى لا يستوجب على عبده دينا فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستأجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا اذالم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الأجر لان كسبه الا ان لغرمائه وحقهم فيه مقدم على حق المولى فالمولى فيه كاجنبي آخر ما لم يسقط الدين وان كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه ففي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجارة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه في البيوع وأن أجره الوكيل من اجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كاجنبي حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذي يستوفي لانه وجب بعقده . رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الأجر (قال) يضمن رب الدار المستأجر ويرجع المستأجر بذلك على الذي أجره لان رب الدار اعارها من المدفوع اليه وليس للمستعير أن يؤجر فكان

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكنه ويرجع به على الذي آجره لانه غرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤاجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره إياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل في الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تقوم على الغاصب من غير عقد. رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذي التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجه الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له في فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم

باب اجارة الحمامات

(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وسألني عن مالي فاخبرته أن لي غلما حجامين لهم غلة وحماما له غله فسكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام في كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمه الله أخذوا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شرييت تكشف فيه العورات وتصب فيه الفضالات والنجاسة ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهم منع من الخروج وأمرن بالقرار في البيوت واجتماعهم قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن علي عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من الاتي يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا في الانهار

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولأن المطلوب به معنى الزينة بإزالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع الى الزينة أكثر وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ما روي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والخوانيت واذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به علي وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جسددهما جميعا فسمى في كتاب الاجارة حماما فهو فاسد في القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة في موضع الالبات تخص ولا يدري أيهما استأجروهما يتفاوتان في المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكن أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حمامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده ولان المرجع في هذا الى العرف وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يحصل هذه الاعمال فان اشترط المزمة على المستأجر فسدت الاجارة لان المزمة على الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمزمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جملة نائبا عن نفسه في انفاقه علي ملكه فهذا يستدل أبو يوسف ومحمد ورحمهما الله على أبي حنيفة رحمه الله في مسألة كتاب البيوع اذا قال لبيته أسلم مالي عليك فان هناك لم يبين له من يشتري منه ما يرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا في اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة علي الدابة علي علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجراب قولهما وفي القياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وانما استحسن هنا أبو حنيفة رحمه الله للتيسير فالاستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له المحل الذي أمره بعرف الدين اليه فنزل ذلك منزله تعيين من يعامله كما لو أمر المدين بأن ينفق علي عياله من الدين الذي له عليه بخلاف

مسئلة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا بينته لان الأجر دين في ذمته والمدين اذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا بحجة ويستحلف رب الحمام على عمله لانه لو أقربه لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل النسيير يكون على العلم وكذلك لو اشترط عليه انه أمين في هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشترط كون الضامن أميناً بخلاف الحكم الشرع فكان باطلا ولو جعل بينهما رجلا يقبضها ونفقتهما على الحمام فقال المستأجر دفعتها اليه وكذبه رب الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لانه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض ويجمل كاترار الموكل بذلك فان رب الحمام حين سلطه على القبض فقد سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل اليه فيكون القول قوله فيما يدعى من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع وان كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لانه الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بثر الماء ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وان لم يشترط لان هذا من مراقبه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به فكان بيعا والبيع بصير مذكورا بذكر الاصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل في العقد من غير شرط ولو اختلفا في قدر الحمام فهي لرب الحمام لانها مركبة في بنائه ولان الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذا القدر واصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لان المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لاحد أن يقعد معه في ذلك الموضع بغير اذنه لانه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شيء انما له أجر مسمى في ذمة المستأجر فاما في الغلة فهو وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لانه منقول كسائر الامتعة ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك في الرماد اذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هولى وأنا أنتفع به فالقول قول المستأجر فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط عليه في الاجارة نقل الرماد والسرقين والفسالة لم يفسد ذلك الاجارة

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرياس وقد بينا الفرق واذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الا وكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام في الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا ينقضه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا بينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر واذا استأجر حمامين شهرا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقي وان انهدم بعد قبضهما فالباقي له لازم بحصته من الأجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة في اضافة العقد اليه فكذلك في اتمام الصفقة في قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعائد وبعد التمام لا يثبت كمالواشترى عبيدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له في الباقي بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلائع فالاجارة فاسدة لان النورة التي اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها في كل وقت وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعيدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعائد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليتوم على الحمام في عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تمذر بانهدم الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة في العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار في الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما اذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر واذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل بالقبض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقي من الوجه الذي كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظه له فضاء لم يكن عليه ضمانها هكذا

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام في الثياب أمين كما ودع فان ما يأخذ له ليس باجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابي وهو الذي يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الاجير المشترك في الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان ثوب النير بمرآ العين منه فلم يضمنه لأن ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك للحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدائق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد في انقياس لجهالة قدر ما شرط عليه في النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا على أن يدخل الحمام فيقتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار ما يصب من الماء ولكنه استحسّن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسّنوه وقد قال صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا . رجل استأجر حماما سنة بنير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل في الحمام شهرا فلصاحب الحمام أجرة لانه سلم الحمام اليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ما اذا كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة ما لم يصالح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه في ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط على الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم

باب اجارة الراعي

(قال رحمه الله واذا استأجر راعي يرعى له غنما مملومة مملومة فهو جائز لان المقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعي قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لا يرعى غنمه مع غنم غيره فهو جائز) لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المقود عليه منافعه في المدة والشرط الذي يبين المقود عليه لا يزيد المقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما في يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

لان المقود عليه منافعه وبهلاك بعض النعم لا يتمكن التقصان من منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئاً لان منافعه صارت مستحقة الأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة فقتلها عينها كان ضامناً لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر ففرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تاف بالمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة في المرعى أو أكلها سبع وهو مع دق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من النعم نصفها أو أكثر كان له الاجر فلما ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركاً يرعى لمن شاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سقى أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما حنت يده وان لم يخالف في اقامة العمل ظاهراً كما في القصار اذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا بينة تمام له على ذلك لان على أصلهما القبض في حق الاجير المشترك يوجب ضمان اليمين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعى ما يسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق في ذلك الا بحجة كالنابص ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان مامات فلا اجارة فاسدة لان هذا الشرط يخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ما ليس في وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ما ليس في وسع العاقد في العقد ففسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط يخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط واذا كان الراعي أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل وبطلان الشرط يبطل عقد الاجارة واذا أتى الراعي المشترك بالنعم الى أهلها فأكل السبع منها شاة وهي في موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها الى أهلها يخرج من عهدها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها الى أهلها فلا ضمان عليه فيما يطب

بعد ذلك وله أن يثبت النعم مع غلامه وأجيريه وولده بعد أن يكون كبيراً في عياله سواء كان مشتركاً أو خاصاً لأن يد هؤلاء في الحفظ والرعى كيدته وكذلك في الرد وهذا بالعرف فإن الراعي يلتزم حفظ النعم على الوجه الذي يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وييد من في عياله تارة وإذا استأجر راعياً شهراً ليرعى له غنماً فأراد الراعي أن يرعى لغيره بأجر فلرب النعم أن يمنعه من ذلك لأنه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعتقد عليه منافعه فيكون أجيراً له خاصة فإن لم يعلم رب النعم بما فعله حتى رعى لغيره فله الأجر على الثاني ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الأول شيء لأنه قد حصل مقصود الأول بكماله وتحمل زيادة مشقة في الرعى لغيره فما يأخذ من الثاني عوض عمله فيكون طيباً له وقد تقدم نظيره في الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوماً أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان من مرض أو بطلالة لأنه يستحق الأجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم في مدة البطالة سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو آل راعياً أن يرعى غنمه هذه بدراهم في الشهر أو قال شهراً فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لأنه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله وبين محله وهو النعم عرفنا أن المعتقد عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركاً سواء رعى لغيره أو لم يرع وإن شرط عليه أن لا يرعى معها شيئاً غيرها كان جائزاً وكان بمنزلة الباب الأول في أنه أجير واحد لا نائماً جملته مشتركاً استدلالاً بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال إذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع إليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لأنه مجهول وإعلام الأجر لا بد منه لصحة الاجارة وإن اشترط عليه جنباً معلوماً وسماً لنفسه وما بقي بعد ذلك للراعي فهو كله فاسد والراعي ضامن لما أصاب من ذلك لأنه يتناول ملك الغير فإن الزيادة المنفصلة تملك بملك الأصل وله أجر مثله لأنه أقام العمل بمقدار فاسد ولو أن راعياً مشتركاً خلط غنماً للناس ببعضاً ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعي مع يمينه لأنها في يده والقول في تعيين المقبوض قول القابض أميناً كان أو ضميناً كالمودع مع الغاصب فإن قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة النعم كلها لأهلها لأن الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاكاً فإن كل واحد منهم لا يقدر على الوصول إلى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعي ضامناً وتكون النعم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لأن الضمان عليه فالقول في مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وإن كان الراعي مشتركاً يرعى في الجبال فاشترط عليه صاحب النعم أن يأتيه

بسمة ما يموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لأنها قد تموت في موضع لا يمكنه أن يأتي بسمتها وقد يفعل فيما يأتي من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتي بسمته ويقول قدماء فان السمة لا تختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله القول قوله وإن لم يأت بالسمة لأنه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن وإن أتى بالسمة إلا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعي حتى يحضر صاحبها لأن المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب على المالك ويتأدى بأدائه ونيته والراعي في ذلك ليس بنائب عنه فإن أخذ المصدق الزكاة من الراعي فلا ضمان على الراعي في ذلك لأن الراعي لا يتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو في حقه بمنزلة الموت وإن خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لأن صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وإن اختلفا في عدة ماسلمه إلى الراعي فالقول قول الراعي لأنكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لإثباته الزيادة بينته ثم يكون ضامنا للفضل بمجرد وجوده وليس للراعي أن يسقى من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لأنه أمر بالرعى وهذا ليس من عمل الرعى فهو فيه كسائر الأجانب فيكون ضامنا إن فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فإن كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شيء لأن المقود عليه منافعه وإنما يستوجب الاجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم ما يطيق الراعي كان له ذلك لأنه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله في ذلك العمل بقدر طاقته وإن استأجر شهرا يرعى له هذه الغنم بأعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لأن التعيين إذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين في حق الراعي مفيد لأن المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الرعى ماعينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسّن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لأن المقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الأغنام لبيان ما قصد من تلك منافعه بالأجارة لا لتقصير حكم العقد عليه فإذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لأنه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعى فما ليس من عمل الرعى لا يكون داخلا في حكم العقد ثم قال رأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعى أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لأن الولد بعد الانفصال

كشاة أخرى ولكن من عادته الاستشهاد بالأوضح فالأوضح ولولم يستأجره شهرا ولكنه دفع اليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه هنا عمل الرعى وانما التزم إقامة الكل في المحل الذي عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحسب ذلك لان المعقود عليه لا كان هو العمل فانما يستوجب الاجر بقدر ما يقيم من العمل كالخياط والقصار واذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع الغنم اليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لا يدري ماتلد منها وكم تلد وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسّن ذلك فأجاز له عمله الناس ولان هذه الجهالة لا تنفي الى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تنفي الى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد والابل والبقر والخليل والحير والبنغال في جميع ما ذكرنا كالغنم وليس للراعي ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعي فهو فيه كالاجنبي ضامن لما يعطى منها ان فعله ولولم يفعله الراعي ولكن الفحل الذي فيها نوى علي بعضها فمطب فلا ضمان على الراعي في ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالاناث من غنمه والراعي لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولوندت واحدة منها خاف الراعي ان باع مائدها أن يضع ما بقي فهو في سعة في ترك مائدها لانه ابتلى بيليتين فيختار أهونهما ولانه لو باع مائدها كان مضيعا لما بقي ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ مائداً ولا يقدر وليس له أن يضع ما في يده فلهذا كان في سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندى في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ضاع بغير فعله وهو في ترك اتباعه مقبل على حفظ ما بقي وليس بمضيع لما ند وهو ضامن في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه في الجملة وان استأجر من يجيء بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل على فرقة منها وترك ماسواها فهو في سعة من ذلك لانه اتبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعي أجيرا مشتركا فرعاها في بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها في موضع غير ذلك وقال الراعي بل شرطت على هذا الموضع فالتول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه واليمين بينة الراعي لانه يثبت الاذن في هذا الموضع بينته ثم لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولها هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن في قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعي اذا خالف بمد أن تعطى النعم لانه غاصب ضامن وبالضمان يملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتيين أنه في الرعي كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت النعم استحسنت أن أجمل له الاجر لحصول مقصود رب النعم وهو الرعي مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ما قصد الا هذا فاذا حصل له هذا بعينه في مكان وجب عليه الاجر والله أعلم

باب اجارة المتاع

(قال رحمه الله واذا استأجر ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون في لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كاللبس المطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شيء فلا أجر له لان المقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فسا يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون مقودا عليه واستيفاء غير المقود عليه لا يوجب البدل (الآثرى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللباس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد تمكن من استيفاء المقود عليه وذلك يكتفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده واذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما (الآثرى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللباس عليه يدم معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللباس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالمقد فاسد لجهالة المقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللباس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التمييز في الملبوس عند المقد يفسد المقد فكذلك ترك تمييز اللباس (وهذه جهالة) تفضي الى المنازعة لان صاحب

الثوب يطالبه باللباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الأخشن
الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقود
اختصا فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو
جائر وعليه الأجر استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب
ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا
وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة
التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن الفساد وهو الجهالة التي تفضي
الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في العقود عليه وعقد
الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند
ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجمالنا التمين في الانتهاء كالتمينين
في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره
بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا باللباس غيره واذا استأجر قميصا
ليلبسه يوما الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه ممكنه
من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه
بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء
العقد وان ارتدى به يوما الى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان
المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان ارتد به الى الليل
فهو ضامن ان تحرق لان الاتراز بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية انما يتمكن من اللبس
المعتاد فكان غاصبا اذا ارتد به ضامنا ان تحرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد في
بعض الاوقات * توضيحه ان الاتراز مفسد للقميص فما أتى به أضرب بالثوب مما يتناوله العقد
والاتراز غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو ذنه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس
لا أجر عليه لأنه مخالف ضامن والضمان والاجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان
أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب
فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تحرق ف هناك لما تقرر عليه
الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه واذا سلم فهو لم يملك

الثوب فيلزمه الاجر لتمكينه من الاستيفاء واذا استأجرت المرأة درعا لتبسه ثلاثة أيام فلها أن تبسه بالنهار وفي أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد في لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل الى وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهي ضامنة لانها خالفت فان ثوب الصيانة لا ينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تحرق بالليل وان تحرق من لبسها في غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وانما كانت ضامنة بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب الى انتهاء المدة والامين اذا ضمن بالخلاف عاد أميننا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق فان تحرق من لبسها بالليل فهي ضامنة وليس عليها أجر في تلك الساعة التي تحرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتحرق فعلها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء واذا بقي العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا في الساعة التي ضمنت بالتحرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام في مثله فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطابق العقد يستحق ما هو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لمخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها اذا خرجت سواء وربما يكون لبسها في بيتها أخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها اذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته في اليوم الثاني ضمنته لانتهاء العقد بمضي المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلاف القول قول رب الدرع لان تمكيناها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضى ولان تسليمه الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يخلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها أو تحرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأرو حرق نلر أو لحس

سوس والحاصل أن المستأجر في العين أمين لأن يده كيد المالك فإنه يقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الآخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمه فإنه في الحفظ عامل لنفسه فإنه يتمكن به ما تقرر حقه في الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وإن سلم الثوب بعد أن صدقتها رب الثوب وإن كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وإن أجرته ممن تلبسه بفضله أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصديق به الا عند أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة مالهو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لأنها لم تخالف ولم تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لأنها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لأن القبة من المساكن فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التي ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقرض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فلا انسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبة ولأن المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وإن لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لأن ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وإن سمي بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لأن هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لأنه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضى صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك وإذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لأن الاجر والضمان لا يجتمعان ولأنه تملكها بالضمان من حين ضمن وإن سلمت القبة كان عليه الاجر استعسانا لأنه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصير فعليه الاجر ولا ضمان عليه لأن هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصير لأن فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها الى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجهما من المصر (الآثرى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير مانزم لذلك فخلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا أجر عليه واذا استأجر رحا يطحن عليه فخله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فؤنة الرد على صاحب الرحاولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل في العارية للمستعير فؤنة الرد عليه وفي الاجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيناء المستود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فلهذا كانت مؤنة الرد عليه واذا استأجر منه عيد ان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به* والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلي هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقصور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة في الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين في الانتهاء كالتميين في الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطى كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشيء من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين أمانة في يد المستأجر والكفالة بالامانات لا تصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفلا فهو جائز لانه مضمون في ذمة المستأجر وعلي هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهر افاءه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه واذا استأجر كافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شيء للثفاوت بين الناس في الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسقاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان أسرج في الخيمة أو الفسقاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطابق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه
 تأخذ فإن البديل بمقابلة منفعة الحلي دون الدين ولا ربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم
 الحلي عين منتفع به واستجاره معتاد فيجوز وإذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا
 أجر عليها كما في الثياب لأن الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وإن قال رب
 الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول
 في إقاطه ويكون له عليها الأجر لأن الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان
 عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما إلى الليل فإن بدلها فخبسته فلم ترده
 عشرة أيام فالأجرة عشرة أيام فالأجرة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه
 أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتليق بالأجرة بالخطر لا يجوز ولكني
 أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الأجر كل يوم بحسابه لأن هذا الشرط متعارف محتاج
 إليه فإنها إذا خرجت إلى وليمة أو عرس لا تدري كم تبقى هناك فتحتاج إلى هذا الشرط لدفع
 الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل
 ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فهذا يلزمها الأجر لكل يوم تجبسه فيه والله أعلم

باب أجارة الدواب

(قال رحمه الله وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس
 له أن يحمل عليها غيره) لأن هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك
 من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقل الذي يحسن ركوب الدابة يروضها
 ركوبه والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فإن حمل عليها غيره فهو ضامن ولا
 أجر عليه لأنه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ما قررنا في الثوب وإن ركب وحمل معه
 آخر فسلمت فعليه الكراء كله لأنه استوفى المعقود عليه بكامله وزاد فإذا سلمت سقط اعتبار
 الزيادة فعليه كمال الأجر لاستيفاء المعقود عليه وإن عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت
 فعليه الأجر كله لاستيفاء المعقود عليه فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف
 ووجوب الأجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لأنه خالف حين أردف وشغل
 نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضماننا وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين فإن كان

يعلم أنها لا تطبق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما اذا كانت تطبق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصين وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل في القبان في هذا أرايت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلأ أو بعده والمعنى مايننا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئاً مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ماشغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه واذا استأجرها الى الجبابة أو الجنازة أو ليشيع عليها رجلاً أو يتلقاه فهو فاسد الا أن يسمى موضعاً معلوماً لان المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فاذا سمي موضعاً معلوماً صار مقدار المعقود عليه به معلوماً والا فهو مجهول لا يصير معلوماً ما ذكره من التشييع أو التلقي وان تكرارها من بلد الى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليها منزله بالكوفة استحساناً وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهى المقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون إذن صاحبها ولكنه استحسناً للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التي تكرارها في الطريق الى منزله ولا يتكرار لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد في بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق في الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعاً فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلي فاذا هو أخطأ فأراد أن يحمله ثانية الى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلي فبعد ذلك هو مدعى في قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقاً له لكيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكرار حماراً من الكوفة يركبه الى الحيرة ذاهباً وجائياً فله أن يبلغ عليه الى أهله بالكوفة اذا رجع كما لو تكرار من الكوفة الى الحيرة فأما اذا تكرار دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكنانسة ذاهباً وجائياً فأراد أن يتبلغ في رجته الى أهله لم يكن له ذلك وانما له أن يرجع الى الموضع الذي تكرار عند الدابة لان الاستحسان في الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكرارها في المصر من موضع الى موضع فيؤخذ

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من المسافة مثل ماسمى أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في المقد أو فوقه فيقال له كما اكرتت من هذا الموضع الى الموضع الذى - ميت فأكثر الدابة من هذا الموضع الى منزلك وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المقود عليه وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التمين في الانتهاء كالتعين في الابتداء وقد قررنا هذا في الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له واذا سمى ما يحمل على الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسئلة على أربعة أوجه وقد بينها في كتاب العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا أن في كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضامنا فلا اجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكرئك من الكوفة الى القصر بمشرة دراهم وقال المستأجرين الى بغداد بمشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة في احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف في البيع يكون واردا في الاجارة وان أقام البيئنة في قول أبي حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال الى بغداد بمشرة دراهم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الأول أن رب الدابة أثبت بيئته المقد من الكوفة الى القصر بمشرة دراهم فوجب القضاء بذلك بيئته والمستأجر بيئته أثبت المقد من القصر الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بيئته على ذلك فاذا عملنا بالبيئتين كانت له من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الآخر أنهما اتفقا على مقدار الأجر وانما اختلفا في مقدار المقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة في ذلك فكانت بيئته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البيئنة أنه زاده عقبه الاجير في الكراء الى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفي الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يضمن بقدر ما زاد * وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان في كل واحد منهما عادة وفي مثله الضمان بقدر الزيادة كالأجر استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم خنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

يقول الاختلاف هنا في الجنس من حيث أن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذي لا يأخذه السرج فهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطباء توضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لأن الحمار الذي لا يألف الإكاف يضربه الركوب بالإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا في الكل كالحمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لا تسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الإكاف وإن أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لأن التعيين إذا لم يكن مفيدا فلا يعتد به وكذلك إن استأجره بالإكاف فأكفه بالإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف لأن السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه ولو تسكاري حماراً عربانياً فأسرجه ثم ركبته فهو ضامن له لأنه حمل عليه السرج بغير إذن صاحبه فكان مخالفاً في ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا على أوجه فإن استأجره من بلد إلى بلد لم يضمن إذا أسرجه لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد عادة إلا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وإن استأجره ليركبه في المصر فإن كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لأن مثله لا يركب في المصر عربانياً وإن كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصر عربانياً فحينئذ يكون ضامناً إذا أسرجه بغير شرط وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فقطبت الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة الأول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن مالم يدفعها إلى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الأول أنه كان أميناً فيها فإذا ضمن بالخلاف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً كالمودع وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار ضامناً بالخلاف لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يده المالك ويد المستأجر يد نفسه لأنه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان وإن عاد إلى ذلك المكان لأنه ينتفع بها لنفسه في ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك في الإجارة دون العارية وإنما نقول رجوعه بالضمان للفرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الفرور فكذلك مؤنة الرد عليه لما له من المنفعة في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال على هذا الكلام ما تقدم أن المرأة إذا استأجرت

توب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان ويدها يد نفسها ولكننا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذى لم يتناوله العقد لم يبق اذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك في غير المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو حبسها في المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا يندم وان عاد الى ذلك المكان مادام يمكنها لمنفعة نفسه ثم الكلام في التفصيل بينما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لاجائيا قد تقدم في العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها في السير أو كبسها باللجام فمطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه اذا لم يتمد في ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار في موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح باللجام في السير معتاد وربما لا تنقاد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعدد موجب للضمان ويان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح في أصل تسير الدابة وانما يستخرج بذلك منها * نهاية السير والجودة في ذلك وثبت الاذن بمقتضى العقد فيفتقر على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيع له الضرب فانما أبيع لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج وزوجته ورمى الرجل الى الصيد ومشيه في الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا ساء الى موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لجاما فيئخذ يحمل زيادة الاجر بأزاء ما زاد ولو علفها لم يطب له الفضل له لان العلف ليس بيمين ينتفع به المستأجر انجمل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجملها أو بلجام فزعه وأبدله بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا اذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فيئخذ يكون مخالفنا ضامنا واذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحملولة وفسدت وصاحب

المتاع يمتشى مع رب الدابة أوليس معه فالمكارى ضامن لان المكارى أجير مشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جناية يده لانه لما شده بحبل لا يحمّله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أو سرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن في قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله علي وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكارى لان الحمل في يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة ففترت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان ما يجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة ويبان هذا الكلام ان على أحد الطريقين يقيد العقل بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرّفنا أن الضمان على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع وركبها فساقها رب الدابة ففترت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى ما بداله من ليل أو نهار حاجة ركبها لا يمنعه منها فان كان سمي بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمي مكانا فلا جارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فالمر بين ذلك لا يجوز وان تكارها يوما يقضى حوائجها في المعر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام في المدة المذكورة ولان نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء في المصر وان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحي المصر مكانا واحد كان له أن يركب الى أي نواحي المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

استأجرها لركوب في المصر وان تكارها الى واسط يملفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فمطبت فعليه أجر مثلها في الذهب لان الاستئجار بملفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بمقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهب ونصف أجر مثلها في الرجوع لانه استوفى في الرجوع منفعة نصفها وهو ماشغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحة أنه اذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفي الفاسد لا يجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوى عندي في الموضعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب أجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق في الحقيقة انما يجب أجر المثل بحسب ما استوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها اذا أردف فاذا أوجبنا عليه نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع ما يخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك وبحسب ما عانها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكارها يوما واحدا فلا أجر عليه فيها حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو متطوع في ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لا يوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكارها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكارها للعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعابه الكراء استحسانا لان المستحق بالمقد قد استوفى والتممين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكارها على

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج
فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر
من ذلك فهو ضامن لا مسا كه إياها في غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار
مستثناه بالعرف ولا أجر عليه في الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات
الدابة في الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها في المصير ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير
الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الجلس فلا أجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف
فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه
وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فتجت في الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل
الولادة فعلى المكارى أن يأتي بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالمقصد العمل في ذمته
فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتي بأخرى فكذلك اذا
ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بيمينها فيئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأنى استيفاء
ذلك من دابة أخرى بل يكون عنرا في فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب
الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب في
أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقصت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه
وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى أحق بالدواب لتقدم عتمده وثبوت استحقاق
المنافع له واليد في العين بذلك العقد الا أن ما وجدته في يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى
يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجدته في يد الموهوب له فهو
خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق
بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أى المستأجرين أحق بها فن
أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثاني يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم
الثاني أنه له فيكون خصما له في ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثاني لا يكون خصما
للاول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى
غلاما ودابة الى البصرة بشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فأبقى
الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة
لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلال والإبقاء وقد

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكاري استأجر غلاما معي
 كي تتبعك وتتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة بنفق على الدابة ففعل المستأجر وسرقت
 النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكاري
 النفقة ضاعت أو لم تضع والا فلا شيء عليه لانه في استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة
 وقد أثبتته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكاري في قبض
 النفقة منه فإقراره بالقبض كإقرار صاحب الدابة ولو تكرارها الى بغداد بمشرة دراهم وأعطاه
 الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بمض الدراهم وقال هي زيوف أو استوفه فالتقول قول رب
 الدابة في ذلك ان لم يكن أقر بشيء لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالتقول
 قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله
 فيما يزعم أنه استوفى لانه مناقض في كلامه فالتستوفى ليس من جنس الدراهم وان كانت أقر
 باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه
 مناقضا واذ مات المكاري في الطريق فاستأجر المستكري رجلا يقوم على الدابة فالأجر
 عليه وهو متطوع في ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه
 من الكراء بقدر ماساروا والقول في ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع العقود
 عليه واما اختلافهما في مقدار ما استوفى أو في مقدار ما لزمه من الاجر فرب الدابة يدعى
 الزيادة والمستكري ينكر لذلك وان تكارى دابتين احدهما الى بغداد والاخرى الى حلوان
 فان كانت التي الى بغداد بعينها والتي الى حلوان بعينها جاز العقد لان العقود عليه معلوم وان
 كانت بغير عينها لم يجز لجهالة في العقود عليه علي وجه يفرض الى المنازعة وعليه فيما ركب
 أجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكاري بغلا الى بغداد فأراد
 المكاري أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكري أن يمنع من ذلك لان
 بالعقد استحق منافعه وقام هو في ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبي فان حمله وبلغ الدابة
 بغداد لم يكن للمستكري أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكامله
 واستوفى ما استحقه بالعقد فاذا اختلف المؤجران في مقدار الكراء فالتقول قول المستأجر لانهما
 يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لا يحتمل الفسخ فكان القول قول
 المنكر للزيادة وان أقام المؤجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ما شهد به شهوده لان

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه ويثبت كل واحد منهما على أنسب حقه أولى بالقبول ولأن كل واحد منهما مكذب بيينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة في نصيبه وإن تكارها على أنه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعله الأجر ولا ضمان عليه لأن ركوبه إياها في مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فإنه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الأجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن في العقد خياله وإن كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لما ولا أجر له لأنه غاصب في ركوبها قبل أن يتم رضی صاحبها به فإذا شرط الخيار بعدم تمام الرضاء ولو تكارى حمرا يطحن عليه فأوثقه في الرحا وساقه الأجير فتمسك عليه الأجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لأنه متلف له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر ليتنقل فعله إليه فهذا لا شيء على المستأجر منه وإن استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أففزه فوجده لا يطحن إلا خمسة أففزة فالمستأجر بالخيار لأنه يغير عليه شرط عقده فإذا شاء أبطل الإجارة عليه فيما بقي عليه وفيما عمل من الطحن بحساب ما عمل من الأيام ولا يحيط عنه من ذلك شيئا لأن المعقود عليه منفعة الثور في المدة وقد استوفى ذلك واشترط عشرة أففزة في كل يوم ليس لأراد العقد على العمل بل لبيان جلادة الثور في عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شيء من الأجر فيما عمل من الأيام ولو تكارى دابة إلى بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جوحا أو عثورا أو تمض فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الأجر بحساب ما سار لأنه استوفى المعقود عليه بقدره وإن كانت بغير عينها فله أن يبلغه إلى بغداد على دابة غيرها لأنه ألزم العمل في ذمته وهذا إذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لأن دعوى المستأجر العيب غير مقبولة إلا بحجة ولو تكارى بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول إذا كان ينقل الحمل على البعير فالأجر كله لصاحب البعير لأنه بدل منفعة بعيره والمدفوع إليه نائب عنه في الإكراء ولذلكى يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لأنه ابتنى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له عوض بمقابلته فعله أجر المثل له وإن كان الرجل يحمل عليه المتاع ليعينه فما اكتسب عليه من شيء فهو له لأنه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لأن صاحب البعير ابتنى عن منافع بعيره عوضا ولم يسلم له ذلك . رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب إلى بغداد فقال الغلام قد

ذهبت بالكتاب وقال الذي أرسل اليه الكتاب لم يأتني به فعلى الغلام البينة على ما يدعى لانه يدعى ابقاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت بأقرار الخصم وله الأجر على المرسل دون من حمل الكتاب اليه وان قال المرسل اليه أعطيته أجره عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لو كان المرسل هو الذي يدعى ابقاء الأجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بفداده بالكتاب فلم يجد الرجل فله الأجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم ان كان استأجره لينذهب بالكتاب ويأتي بالجواب فله أجر حصة الذهب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممثل أمره ولا عامل له حين لم يكن الجواب معه واذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ما يخص الذهب من الأجر لانه في الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الأجر بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل اليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل طعاما الى بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الأجر هناك بنقل الطعام من مكان الى مكان وقد نقص ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شيء من المعقود عليه وهنا الأجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب نخل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقصا عمله سواء عاد بالكتاب أو لم يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شيء من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلا يستوجب الأجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك أن مقصود الامر أن يصل الكتاب الى المرسل اليه ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئاً من مقصود الامر غير حاصل فاما اذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف على ما في الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فالحصول لبعض المقصود هناك ألزماه حصة الذهب من الأجر . رجل تكارى دابة الى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا كاف فجاء بها المسكاري عريانة فركبها بسرج أو كاف فمطبت (قال) ان كان يركب في ذلك الطريق مثل تلك الدابة با كاف أو بسرج فلا ضمان عليه وان كانت لا تركب الا بسرج فركب با كاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك صار ضامناً . ولو تكارى من الفرات الى جمنى (وجمنى) تبيلتان بالكوفة ولم يسم أى القبلتين هي أو الى الكناسة ولم يسم أى الكناستين أو الى بحيلة ولم يسم أيهما هي الظاهرة أو الباطنة فعليه

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب
 أجر المثل ومثله بحارا اذا تكرارها الى السهولة ولم يبين أى السهلتين هي سهلة قوت أو سهلة
 أمير أو تكرارها الى حسون ولم يبين أى القريتين ولو تكرارى عبدا مأذون أو غير مأذون بنصف
 ما يكتسبه على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جمل الاجر بمضى ما يحصل
 بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أو استأجره من مولاه وان
 كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له
 حين استعمله بغير اذن مولاه ولا أجر عليه لانه ملكه بالضمنان من حين وجب عليه الضمان
 وان سلم فطليه الاجر استحصانا وفي القياس لأجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه الاستحصان
 ان العقد الذى باشره العبد يتمحض منفعة اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب الاجر وان
 لم يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما يتمحض منفعة قبول الهبة والصدقة ولان
 عقد اكتساب محض اذا سلم من العمل فهو كالاكتساب والاصطياد اذا باشره العبد بغير
 اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لا ضرر عليه لا حجر وان تكرارها
 الى بغداد على ان يلفه اليها فله رضاء فلفه اليها فقال رضائي عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة
 الاجر عند العقد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين
 درهما فلا يزداد عليه لانه رضى بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكرارها بمثل ما يكرارى به
 أصحابه أو بمثل ما يتكرارى به الناس فطليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في
 ذلك فن يبين مسامح ومستقصى وان تكرارى دابة من الكوفة الى مكان معلوم من فارس
 بدراهم أو دنانير فطليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر
 الوجوب الى استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسمية الى وزن
 الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف في تقييد مطلق التسمية والتسمية عند العقد لا عند
 استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه وان تكرارها الى فارس ولم يسم مكانا معلوما منها
 فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمي ولاية مشتملة على الامصار والقرى فاذا لم يبين
 موضعا منها فالمنازعة تتمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب الى أدنى ذلك
 الموضع وهو يريد الركوب الى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية
 ومثله في ديارنا اذا تكرارى دابة الى فرغانة أو الى سمرقند وان تكرارى الى الرى ولم يسم

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالحقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن العقدة جائز
وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو تكاراها الى سمرقند أو أوزجند واكن في ظاهر
الرواية قال اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفصي الى
المنازعة فان ركبها الى أدنى الري فله أجر مثلها لا يزداد على ماسمى لان المكارى رضى بالمسمى
الى أدنى الري فان ركبها الى أقصى الري فله أجر مثلها لا ينتقص ماسمى لان المستكرى قد
التزم المسمى الى أقصى الري فلا ينتقص عنه ويزاد عليه اذا كان أجر المثل أكثر من ذلك
لان المكارى اذا رضى بالمسمى الى أدنى الري فلا يصير راضيا الى أقصى الري ومثله في
ديارنا اذا استأجرها الى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها فأول حدود بخارى كرمينية وآخره
فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخرج فيه كالتخرج مسألة الري وان تكاراها من الكوفة الى
بغداد وعلى أنه أدخله بغداد في يومين فله عشرة والافله درهم فهذا من الجنس الذى تقدم
بيانه أن عند أبي حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما أصبح
التسميتان وقد بينا ذلك في الخياط . رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة الى
العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان ما بعد الزوال عشى قيل في تفسير قوله تعالى أن
سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك في قوله تعالى ولا تطرد لذين يذعون
ربهم بالغداة والعشى أن الغداة قبل الزوال والعشى ما بعده وفي الحديث أن النبي صلى
الله عليه وسلم صلى أحدهما فى العشاء إما الظهر أو العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل
العشى غاية والغاية لا تدخل فى الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال
الشمس فهو غاصب فى الركوب بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثانى
الى غروب الشمس لان اليوم اسم لهذا الوقت (ألا ترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان
من طلوع الفجر الى غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا استأجر أجيرا يوما الا أن الاجير
ما لم يفرغ من الصلاة لا يشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى فى
استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان
بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكرا اذا تكاراها نهارا وبمض مشايخنا
رحمهم الله يقول انما يركبها من طلوع الشمس الى غروب الشمس فان النهار اسم الوقت من
طلوع الشمس «قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجا» فلا يدخل فى ذلك الفجر ولا المغرب

وانما سمي نهرا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا اذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان العوام لا يعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب في اليوم وان تكرارها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يحز العقد الا أن يبين المكان لان المقود عليه لا يصير معلوما الا بذكر المكان ولا ضمان علي المستاجر في الدابة اذا هلكت وهي في يده علي اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه في الوجين مستعمل للدابة باذن المالك وان استعقت الدابة من يد المستاجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذي أجرها منه لانه منور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكها المستاجر بضمان القيمة لان المالك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا أجر للمستحق علي أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكراري دابة يطحن عليها كل شهر بمشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المقود عليه منفعة الدابة في المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان تعطيت من العمل الا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المقود عليه علي الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكرارها الى بغداد وركبها وخالف المكان الذي استأجرها اليه (قال) الكراء لازم له في مسيره قبل الخلاف لانه استوفى المقود عليه في ذلك القدر كما أوجبته العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا أجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكرارها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة يقيلها برحل أو بسرج فعطيت الدابة فلا ضمان عليه ولا علي المرأة لانه مستوفى للمقود عليه فالسعي في العقد انسان وهي انسان وان كانت ثقيلة الا أن يكون أن مثل تلك الدابة لا يطبق حملها فيئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف في العبارة حيث وصع هذه المسئلة في النساء دون الرجال لان النقل بهذه الصفة في الرجال مذموم وفي النساء محمود وان تكراري يوما الى الليل بدرهم فأراه الدابة علي أربها وقال اركبها اذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستاجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المقود عليه فيتمكن المستاجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المقود عليه اليه وعلي رب الدابة اليينة أنه قد ركبها لانه يدعي استيفاء المقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك باليينة وان تكرارها الي الحيرة في حاجة له فقال دونك الدابة

فأركبها فلما كان في قدر ما يرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق الى الحيرة (قال) اذا حبسها في قدر . اذهب الى الحيرة ورجع فلا أجر عليه اذا لم يذهب لما بيننا أن المقود عليه خطوات الدابة في طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على أربها في البيت وان دفعها اليه وقال لم اذهب بها ان علم أنه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم اذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضي من الزمان بعد ذلك مقدار ما يذهب من ويحيي فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعي خلاف ما يشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالمقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه يتمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر اني رجعت قبل أن أتى الحيرة ولو تكرارى دابة من رجل الى بغداد على أن يعطيه الأجر اذا رجع من بغداد فبات المستأجر ببغداد فالاجر الى بغداد دين في ماله لانه استوفى المقود عليه في ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدار ديناً في تركته كسائر الديون والله أعلم

تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط

وبليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة

﴿ فهرست الجزء الخامس عشر من كتاب البسوط ﴾

٢	كتاب القسمة
٢٥	باب قسمة الدور بالدرهم
٢٧	باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على بعض بغير درهم
٣٦	باب قسمة الخوان والعروض
٣٠	باب الخيار في القسمة
٤٣	باب الاستحقاق في القسمة
٥١	باب ما لا يقسم
٥٥	باب قسمة امدار فيها طريق لغير أهلها
٥٩	باب قسمة الدار للميت وعليها دين أو وصية
٦٤	باب دعوى الغلط في القسمة
٩٦	باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة
٧٤	كتاب الاجارات
٨٤	باب كل الرجل يستصنع الشيء
١٠٣	باب متى يجب للعامل الاجر
١١٤	باب السمسار
١١٦	باب الكفالة بالاجر
١١٨	باب احارة الظئر
١٢٩	باب اجارة الدور والبيوت
١٦	باب اجارة الحمامات
١٦٠	باب اجارة الراعى
١٦٥	باب اجارة المتاع
١٧	باب اجارة الدواب

كِتَاب المَكْبُورُوط

لِسَمْسِ الدِّينِ السَّرْحِييِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٤٩٠ هِجْرِيَّة

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلکس: Le 41245 Nasher

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاکس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢ - ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣

كِتَابُ المَبْسُوطِ

لِسُيُوفِ الدِّينِ السَّرْحِيّ

المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جَرِيَّة

وكتب ظاهر الرواية أت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء السادس عشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب انتقاض الاجارة

(قال رحمه الله ذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال حين وضع رجله في الفرزان الناس قائلون غدا ماذا قال عمرو ان البيع عن صفقة أو خيار والمسلحون عند شروطهم) وفي هذا الحديث دليل أن الاجارة يتعلق بها اللزوم اذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله ان الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد يبناء وفيه دليل على ان البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم اذا شرط فيه الخيار فان الصفقة هي اللازمة النافذة يقال هذه صفقة لم يشهدا خا طاب اذا أنفذ أمر دين رأى رجل فيكون حجة على الشافعى رحمه الله لانه ثبت خيار المجلس فى كل بيع وفيه دليل وجوب الوفاء بالمشروط اذا كان الشرط صحيحا شرعا فلا خلاف بيننا فالشافعى رحمه الله يقول عقد الاجارة اذا اطلقت فهي لازمة كالبيع الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالمذر وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بناء على أصله ان المنافع كالأعيان الموجودة حكما فان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع الا بعيب فكذلك الاجارة وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة فى عقود التملكيات تمنع اللزوم فى الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لالعين العيب فاذا تحقق الضرر فى ايفاء العقد يكون ذلك عذرا فى الفسخ وان لم يتحقق العيب فى المعقود عليه (ألا ترى) ان من استأجر أجيرا ليقطع درسه فسكن مابه من الوجدان كان ذلك عذرا فى فسخ الاجارة أو استأجره ليقطع يده للأكله ثم بداله فى ذلك أو استأجره ليهدم بناء له ثم بداله فى ذلك لانه لا يتمكن من ايفاء العقد الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله من حيث اتلاف شئ من بدنه أو اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى

الإنسان المنفعة في شيء ثم يتبين له للضرر في ذلك وكذلك لو استأجره وليمة ثم بدا له في ذلك فليس للاجبر أن يلزمه اتحاد الوليمة شاء أو أبى لأن في ذلك عليه من الضرر في اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر إذا عرف هذا فنقول من المذنب في استئجار البيت أن يهدم البيت أو يهدم منه ما لا يستطيع أن يسكن فيه وهذا من نوع العيب في العقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لأن قبض الدار المنافع لا تدخل في ضمانه فصول هذا المعارض في يد المستأجر كحصوله في يد الآجر فإن أراد صاحب البيت أن يبيعه فليس هذا بعذر لأنه لا ضرر عليه في إيفاء العقد الا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجز على نفسه عن التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة وإن باعه فبيعه باطل لا يجوز لهجزه عن التسليم وقد بينا في البيوع أن الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإن كان على المؤاجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر لأن علقته في إيفاء العقد ضرر لم يلتزم ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط حق المستأجر عن العين فإن بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستأجر حق في ماله فيكون المديون مجبورا على قضاء الدين من ماله محبوسا لاجله إذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له في الفسخ ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على أنه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات أنه يرفع الامر إلى القاضي ليكون هو الذي يفسخ الاجارة ويبيعه وهو الأصح لأن هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضاء القاضي كالرجوع في الهبة وإن هدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر فأراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الاجارة لأنه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من أن يكتري منزلا آخر أو يشتري وكذلك ان أراد التحول من المصر لأنه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستأجر إلى هذه المدة وإن كان هذا بيتا في السوق يبيع فيه ويشتري فلحق المستأجر دين أو أفلس فقام من السوق فهذا عذر وله أن ينقض الاجارة لأنه استأجره للانتفاع وهو يتضرر بإفناء العقد بعد ما ترك تلك التجارة أو أفلس ضررا لم يلزمه بنفس العقد وكذلك إذا أراد التحول من بلد إلى بلد لأنه لولزمه الامتناع من السفر تضرر به ضرر لم يلزمه بالعقد وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالبيت فإن قال رب البيت أنه يتملل ولا يريد الخروج حلف القاضي المستأجر على ذلك لأن الظاهر شاهد له فالظاهر أنه لا يترك ما كان عزم عليه من التجارة في الحانوت الا اذا أراد

التحول من بلد الى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل بحكم القاضي حاله في ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله . قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقيل يقول له مع من يخرج فالانسان لايسافر الا مع رفقة ثم يسأل رفقاه عن ذلك وان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال قد بدالى في ذلك وخاصمه صاحب البيت فان القاضي يحلف المستأجر بالله انه كان في خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعى بطلان الفسخ لعدم المنذر وذلك يبنى وما في ضميره في ضمير المستأجر لا يعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك ان أراد التحول من تلك التجارة الى تجارة أخرى فهذا عذر لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وقد تروج نوع التجارة في وقت وتبور في وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو أرخص منه لم يكن عذرا وكذلك لو اشترى منزلا وأراد التحول اليه لانه لا يلحقه ضرر الا ما التزمه بالعقد وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما يقصد بالفسخ هنا الربح لا دفع الضرر وان استأجر دابة بعينها الى بغداد فبدا للمستأجر أن لا يخرج فهذا عذر لان عليه ضررا في ايفاء العقد وهو تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضى الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولوقال رب الدابة انه يتعلل بالسبيل للقاضي أن يقول له اصبر فان خرج ففقد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فاذا قادها معه فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريمه أو عبد آبق فرجع وكذلك لو مرض أو لزمه غرم أو خاف أمرا أو عثرت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه فبعض هذا عيب في المعقود عليه وبمضه عذر للمستأجرين في التخلف عن الخروج ولا فائدة للمؤاجر في ايفاء العقد اذا لم يخرج المستأجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشغوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر بتسليم الدابة وأنه يرسل معه رسولاً يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرا وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا يشقى علي دابتي ولا يقوم بتمامها كقباي فاذا تعذر عليه الخروج لمرض يالحقه في ايفاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروى هشام عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كثرت المرأة بلا الى مكة للذهاب والرجوع فلما كان في يوم النحر ولدت قبل أن تطوف

لزيارة فهذا عذر للمكاري لأنها تجس الى مضي مدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكاري بالعقد لانه غير معتاد وان كانت قد ولدت قبل ذلك فان كان الباقي مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة أيام أو أقل فهذا ليس بعذر للمكاري لان ما بقي مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادة وكان المكاري ملتزما بضرر التأخير بقدره وان عطبت الدابة فهذا عذره وهذا لان المعقود عليه فات ولا سبب للفسخ أقوى من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها لم يكن هذا عذر لان المكاري التزم العمل في ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخرى بحمله عليها ولو مات المستأجر في بعض الطريق كان عليه من الاجر بحسب ماسار ويبطل عنه بحسب ما بقي لانفساخ العقد بموت أحد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها على حالة حتى يأتي مكة وذكر في كتاب الشروط أن هذا اذا كان في مفازة بحيث لا يقدر به علي سلطان وخاف أن يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايضاؤها بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضرر واذا كان في المفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليه الركوب فيتضرر به لانه عاجز عن المشي ولا يقدر على دابة أخرى فأما اذا كان في مصر فهو لا يتضرر بانتقاض العقد وموت أحد المتكاريين موجب انتقاض العقد فاذا بقي العقد لم يضمن ان عطبت من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد لما بقي للتعذر صار الحال بعد موت المكاري كالحال قبله فاذا أتى مكة دفع ذلك الى القاضى لان ما به من العذر قد زال وبقيت الدابة في يده ملكا للورثة وهو عيب فدفعها الى القاضى فان سلم له القاضى الكراء الى الكوفة فهو جائز إما لانه أمضى فصلا مجتهد فيه باجتهاده أو لانه يرى النظر في ذلك لانه لو أخذ ما منه أجرها من غيره ليردها الى الكوفة وصاحبها رضى بكونها في يده فالأولى له اذا كان المستأجر ثقة أن ينفذ له الكراء الى الكوفة وان رأى النظر في بيعها فهو جائز لان البعث بثمها الى الورثة ربما يكون انفع وأيسر لهم فان الثمن لا يحتاج الى النفقة وان كان انفق المستأجر عليها شيئا لم يحسب له ذلك لانه متطوع في ذلك بالاتفاق على ملك الغير بغير أمره الا أن يكون بأمر القاضى فيحسب له اذا أقام اليه عليه لان للقاضى ولاية النظر في حق الثأب بالاتفاق بأمره كالانفاق بأمر صاحب الدابة ولكنه غير مقبول القول فيما يدعى من الانفاق فاذا قام البينة رد ذلك عليه من الثمن وكذلك ان أقام البينة على توفية الكراء رد عليه بحسب ما بقي لانه أثبت

دينه في تركه الميث وهذا مال الميث ولان الابل محبوسة في يده الى أن يرد عليه ما أنفق بأمر
القاضي أو بما عجل من الكراء فلا يتمكن القاضي من أخذها ويبيعها حتى يرد عليه ما بقى له بهذا
قبل يبنته على ذلك ونفذ قضاؤه على الورثة مع غيبتهم وان استأجر أرضا فغلب عليها الماء
أو أصابها نزلا تصالح معه الزراعه فهذا عذر لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وكذلك ان اراد
ان يترك الزرع او افتقر حتى لا يقدر على ما يزرع فهذا عذر لان الزارع في الحال متلف
لبذره ولا يدرى أيحصل الخارج أم لا وقد بينا أنه اذا كان لا يتمكن من ايفاء العقد بالاتلاف
ماله فهو عذر له وان وجد أرضا أرخص منها أو أجود لم يكن هذا عذرا لانه بالفسخ يقصد
هنا تحصيل الربح لا دفع الضرر وان مرض المستأجر فان كان هو الذي يعمل بنفسه فهذا
عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان كان انما يعمل اجراؤه فليس هذا عذرا البقاء يمكنه
من استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد وان كانت الارض ليتيم أجرها وصيه فكبر اليتيم لم
يكن له ان يفسخ الاجارة لان عقد الوصي على ماله كعقده على نفسه ولا ضرر عليه في ايفاء
الاجارة بهد بلوغه بخلاف ما اذا كان أجر نفسه فان ذلك كد وتعب وهو يتضرر بايفاء العقد
بهد بلوغه واذا استأجر عبدا لخدمة أو لعمل آخر فرض العبد فهذا عذر في جانب المستأجر
ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان أراد رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لانه لا ضرر
عليه في ايفاء العقد فالمستأجر لا يكلفه من ايفاء العمل الا بقدر طاقته وهو يرضي بذلك
وان كان ذلك دون حقه وان لم يفسخها واحد منهما حتى بدأ العبد فالاجارة جائزة لازمة
لزوال العذر ويطرح عنه من الأجر بحساب ذلك وهو ما يتعطل وكذلك ان أبقى العبد أو كان
سارقا فللمستأجر أن يفسخ الاجارة اما لتعذر استيفاء المعقود عليه أو لضرر يلحقه في ذلك
وليس لمولى العبد فسخها لانه لا ضرر عليه في ايفاء العقد فوق ما التزمه بالعقد ولو أراد المستأجر
أن يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لا يتعذر عليه الخروج الى السفر لحاجته ولا يمكنه
أن يستصحب العبد اذا خرج وان أراد رب العبد أن يسافر به لم يكن له هذا عذرا لانه لا يلحقه
من الضرر فوق ما التزمه بالعبد وهو ترك العبد في يد المستأجر الى انتهاء المدة وان وجد
المستأجر أجيرا أرخص منه لم يكن هذا عذرا لان في هذا تحصيل الربح لا دفع الضرر وان
كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة لان صفة الجودة
لا تستحق عطل العقد الا أن يكون عمله فاسدا فله أن يفسخ حينئذ لان صفة السلامة عن

العيب تستحق بمطلق المعاوضة وان مات العبد انتقضت الاجارة لقوات المعقود عليه وان كان المستأجر رجلين فمات أحدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات أحد المؤجرين اعتبار الموت أحدهما بموتهما في حق الميت منهما وان ارتد الآجر والمستأجر والعاقد بالله ولحق بدار الحرب انتقضت الاجارة لان القاضى بموته حكم حين يقضى بلعاقبه فهو كالمات حقيقة وان لم يختصما في ذلك حتى رجع مسلما وقد بقي من المدة شيء فالاجارة لازمة فيما بقي منهما لان اللاحاق بدار الحرب اذا لم يتصل قضاء القاضى به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فاذا زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقي من المدة والله أعلم

باب الشهادة في الاجارة

(قال رحمه الله واذا اختلف شاهدا الاجارة في مبلغ الاجر المسمى في العقد والمدعى هو المؤاجر أو المستأجر فشهد أحدهما بمثل ما ادعاه المدعى والآخر بأقل أو أكثر لا تقبل الشهادة لان المدعى كذب أحد الشاهدين ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا قبل استيفاء المنفعة لان الحاجة الى القضاء بالعقد ومع اختلاف الشاهدين في البذل لا يتمكن القاضى من ذلك فاما بعد استيفاء المنفعة فالحاجة الى القضاء بالمال فينبى أن تكون المسئلة على الخلاف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى بالاقل كما في دعوى الدين اذا ادعى المدعى ستة وشهد بها أحد الشاهدين والآخر بخمسة (قال) رضى الله عنه والاصح عندي أن الشهادة لا تقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل في عقد المعاوضة كالثمن في البيع ولا بد أن يكون المدعى مكذبا أحد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم يكن لها بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا في الاجرة قبل استيفاء المنفعة تحالفا أو تراد الاحتمال العقد الفسخ وكذلك ان كانت دابة فقال المستكرى من الكوفة الى بغداد بخمسة وقال رب الدابة الى الصراء والصراء المنصف تحالفا وبعد ما حلفا ان قامت البينة لأحدهما أخذت بينته لان البينة العادلة أحق بالعمل بها من اليمين الفاجرة وان قامت لها بينة أخذت بينة رب الدابة على الآجر وبينته المستأجر على فضل المسير على قول أبي حنيفة رحمه الله وكان يقول أولا الى بغداد باثنى عشر ونصف وهو قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان واختلفا في جنس الاجر فالبينة بينة رب الدابة لانه ثبت حقه بالبينة ولانه ثبت دعواه بالبينة والآجر يثبت باقراره وانما تثبت بالبينة

الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها الى بغداد فقال قد أعرتني الدابة وقال صاحبها بل
اكثرتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلانها
تصادقا على أنه ركبها بأمر صاحبها وأما الاجر فلان المستأجر منكر لعقد الاجارة فالقول
في ذلك قوله مع يمينه فان أقام المؤاجر شاهدين فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهم ونصف
فانه يقضى له بدرهم لانهما اجتمعا على الدرهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد
منتهى فيقضى بما اتفق عليه الشاهدان وهذا يؤيد قول من يقول في مسئلة أول الباب أنه
يقضى بالاقبل عندهما ولكننا نقول هناك الشاهدان ما اتفق على شيء لفظا فالحسنة غير الستة
وعندهما القضاء بالاقبل باعتبار الموافقة في المعنى وباعتبار المعنى المدعى مكذب أحدهما وهنا
اتفقا الشاهدان على الدرهم لفظا فالمدعى يدعى ذلك ولكنه يدعي شيئا آخر مع ذلك وهو
نصف درهم وأحد الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعى مكذبا له فلهذا
أقضي له بالدرهم ولوركب رجلا دابة رجل الى الحيرة فقال رب الدابة اكثرتها الى الجباية
بدرهم تجاوزت ذلك وقال الذي ركب أعرتنيها وحلف على ذلك فهو بريء من الأجر لانه
منكر لعقد الاجارة فان أقام رب الدابة شاهدين أنه أكرأه الى الحيرة بدرهم لم يقبل ذلك
لان دعواه إكذاب منه لشهوده فانه ادعى الاكراء الى الجباية وان ادعى رب الدابة انه
أكرأه الى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك وآخر شهد انه أكرأه الى السالحين
بدرهم فانه يقضى له عليه بدرهم اذا كان قد ركبها لان الشاهدين اتفقا على ذلك القدر لفظا
والمدعى يدعيه أيضا . ولو قال المستأجر تكررتها منك الى القادسية بدرهم وقال رب الدابة
بل الى موضع كذا في السواد في غير ذلك الطريق بدرهم وقد ركبها الى القادسية فلا كراء
عليه لانه خالف فصار ضامنا معناه أن رب الدابة ينكر الاذن له في الركوب في طريق
القادسية وقد ركب فصار ضامنا وانما ادعى رب الدابة العقد على الركوب في طريق آخر ولم
يركب المستأجر في ذلك الطريق فلا أجر عليه لذلك ولو ادعى أنه أكرأه دابتين باعياتهما الى
بغداد بعشرة وقال رب الدابتين بل هذه منهما بعينها الى بغداد بعشرة وأقام البينة في قول أبي
حنيفة الاول رحمه الله هما له الى بغداد بخمسة عشر اذا كان أجر مئتهما سواء وفي قوله الآخر
هماله الى بغداد بعشرة لان المستأجر هو المدعى والمثبت بيينة الزيادة في حقه وكذلك ان
كان رب الدابتين ادعى أنه أكرأه أحدهما بمئتين بدينار وأقام البينة وأقام المستأجر البينة أنه

استكرهما جميعا بمشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس الاجر هنا مختلف
فكل واحد منهما يثبت بيئته حتمه فلا بد من قبول بينة قول كل واحد منهما بخلاف الاول
فهناك جنس الأجر متحد وقد اتفق الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة الى الاثبات ولكن
المستأجر هو المحتاج الى اثبات العقد في الدابة الاخرى ويثبت ذلك ويثبت رب الدابة تنفي
فالمثبت أولى وان ادعى المستأجر دابة واحدة وان تكارها الى بغداد بدينار وأقام البينة وأقام
صاحبها البينة أنه اكرها اياه الى البصرة بمشرين درهما وقد ركها الى بغداد قضيت عليه
بمشرين درهما ونصف دينار لان جنس الاجر لما اختلف فلا بد من العمل بالبينتين وقد
أثبت رب الدابة ببينة الى البصرة بمشرين درهما وأثبت المستأجر ببينة العقد من البصرة الى
بغداد بنصف دينار فلهذا قضى بهما وان ادعى المستأجر الاجارة وجحد ما صاحب الدابة
فشهد شاهد أنه استأجرها ليركبها الى بغداد وشهد الآخر أنه استأجرها ليركبها ويحمل عليها
هذا المتاع والمستأجر يدعى كذلك لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في مقدار المعقود عليه
ول كذاب المدعى أحد شاهديه فان (قيل) أليس أن الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى
ويفرد أحدهما بالزيادة وهو حمل المتاع فيذنبى أن يقضى بما اتفق عليه الشاهدان فلنا المعقود
عليه منفعة الدابة لا عين الركوب فالركوب فعل الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود
عليه ملك رب الدابة وذلك يختلف باختلاف الشاهدين فيما شهد به فلا تحقق الموافقة بينهما
لفظا بخلاف الدرهم ونصف مع أن هذا انما يكون قبل استيفاء المنفعة وقبل استيفاء المنفعة
الحاجة الى القضاء بالعقد فلا يتمكن منه مع اختلافهما وكذلك ان اختلفا في حملتين لان
المدعى يكون مكذبا أحدهما لا محالة ولو ادعى أنه سلم ثوبا الى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد
شاهد أنه دفع اليه ليصبغه أحمر بدرهم وقال الآخر ليصبغه أصفر فقد اختلفت الشهادة
لاختلاف الشاهدين في المعقود عليه هو الوصف الذي يحدثه في الثوب والاصفر منه غير
الاحمر فيكون المدعى مكذبا أحد الشاهدين والله أعلم بالصواب

باب ما يضمن فيه الاجير

(قال رحمه الله رجل سلم الى قصار ثوبا فدق به بأجر مسمى فتخرق أو عره فتخرق أو
جعل فيه النورة أو وسمه فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جنابة يده وقد بينا أن

الاجير المشترك ضامن لما جنت يده فان كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير لان الاجير له أجير خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولم يخالف ثم عمله كعمل الاستاذ (الأنزى) أن الاستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار أو مرق فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد يديننا وروى عن محمد رحمه الله قال اذا وضع القصار السراج في الخاوت فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة وانما الذي لا يضمن به الحرق الغالب الذي لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه و(قال) في الصباغ يصبغ الثوب أحمر فيقول رب الثوب أمرتك بأصفر قال قول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وله أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ ثوبه وضمن للصباغ ما زاد على العصفور في ثوبه لانه بمنزلة الناصب فيما صبغه به حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له في ذلك وان كان صبغه أسود فاختر أخذ الثوب لم يكن للصباغ عليه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد يديننا ذلك في النصب قال أبو حنيفة رحمه الله في الملاح اذا أخذ الأجر فان غرقت السفينة من ريح أو موج أو شيء ونفع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان التلف حصل من عمله وان غرقت من مده أو معالجته أو جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلي بينه وبين الطعام فنقض فلا ضمان على الملاح عنده بعد أن يخلف لانه أمين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ماتلف بغير فعله وان انكسرت السفينة فدخل الماء فيها فأسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن له والا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وان كان رب الطعام في السفينة أو وكيله فلا ضمان على الملاح في شيء من ذلك الا أن يخالف ما أمر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع في يد صاحبه والعمل يصير مسلما اليه بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل هناك لا يصير مسلما وعلى هذا قالوا لورد الموج السفينة الى الموضع الذي حمل الطعام منه فان لم يكن رب الطعام معه فلا أجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الأجر بقدر ما صار لان العمل قد صار مسلما بنفسه ويقرر الأجر بحبسه فانما اذا خالف ما أمر به فهذا العمل لا يصير مسلما الى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متمديا خاصا فيكون ضامنا لذلك واذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو ختم الخاقن بأجر حرأ أو عبدا بأمره أو ببطأ قرحه فلت من ذلك فلا ضمان

عليه بخلاف القصار اذا دق فخرق لان المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب وذلك في مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بمجده لا عمل غير سارى لان ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بمده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة وليس ذلك في مقدور البشر فلا يجوز التزامه بمقدار المعوضة وانما الذي في وسعه اغالة العمل بمجده وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجازاة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ توضح الفرق أن الشراية لا تقتزن بالجرح ولكنه يمكنه بكون بمدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالى الآلام على المجروح وهذا كله بمقدار أن يصير العمل مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العمل فاما بخرق الثوب يكون مقتربا بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البذل ولو وطأ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه في دقه فكان الضمان عليه خاصة لانه غير مأذون من جهة الاستاذ في الوطء على هذا الثوب فكان متعديا فيما صنع وان كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون في الوطء عليه فيكون فعله كفعل الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه غير مأذون في بسطه والوطء عليه من جهة الاستاذ فانه انما أذن له في العمل في بيان القسارة دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا في بيت القصار من ثياب القسارة فعثر وسقط فخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الاجير لانه مأذون في هذا العمل من جهة الاستاذ ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القسارة أو وقع السراج من يده فأصاب دهنه ثوبا من القسارة فالضمان على الاستاذ دون الغلام لانه مأذون من جهته في ادخال النار بالسراج وكذلك أجير لرجل يخدمه ان وقع من يده شيء فتكسر وأفسد متاعا مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه اذا كان في ملك صاحبه لانه استأجره لهذه الاعمال ولو أن غلام القصار انفلت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القسارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لانه مأذون من جهة الاستاذ في دق الثوبين جميعا ولو وقع على ثوب انسان من غير القسارة كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير مأذون في دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا في ذلك الثوب وان كان مخطئا وتمذر الخطأ لا يسقط عنه ضمان المحل وان وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شيء بمدها فلا ضمان على الاجير لانها كما لو وقعت على المحل

المأذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك وانما الضمان على الاستاذ وان اصاب انسانا فقتله كان الغلام ضامنا وقد بينا الفرق بين الجناية في بنى آدم وما روى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشيء من متاعه فيما يحمله فوقع على انسان في البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية في بنى آدم موجبة الارش على العاقلة فلا يمكن اعتبار العقد فيه بخلاف ما سوى ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شيء من أدوات القصار بعمل الغلام مما يدق به أو يدق عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون من جهة الاستاذ وان كان مما لا يدق به ولا يدق عليه فهو ضامن وعلى هذا لو دعا رجلا قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق أو جلسوا على وسادة فتخرقت وان كان الضيف متقلدا سيفا فلما جالس شق السيف بساطا أو وسادة فلا ضمان عليه لانه مأذون فيما فعل من المشى والجلوس وتقلد السيف ولو وضى على آنية من أوانيها أو ثوب بالايست مثله ولا يوطأ فهو ضامن لانه غير مأذون في الوطء والجلوس على مثله وان حمل الاجير شيئا في خدمة استاذة فسقط ففسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فافسدها كان ضامنا لها وكذلك لو عثر فسقط عليها فان كان بساطا أو وسادة استعاره للبسط فلا ضمان في ذلك على رب البيت ولا على أجيره لانه مأذون في بسطه من جهة صاحبه واذا جفف القصار ثوبا على جبل فمرت به حمولة في الطريق فخرقته فلا ضمان على القصار لانه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لانه مسبب وهو متعمد في ذلك فسوق الدابة في الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فاذا لم يسلم كان ضامنا ولو تكرار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه بكامله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة في حق ضمان النفس وأوضح الفرق بما ذكرنا فقال لو أن حائطا مائلا لرجل ثلثاه وللآخر ثلثه يقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه ولكنه قتله نقل الحائط كانت الداية عليهما بقدر الملك لان نقل ملك صاحب الثلثين ضعف نقل ملك صاحب الثلث وفي الجرح المعتبر أصل الجراحة وكل واحد منهما خارج له بملكه فكان بمنزلة الجراح بيده فكذلك في مسئلة الدابة يضمن باعتبار نقل الزيادة وفي مسئلة الشجاج في العبد يكون ضمان النفس على كل واحد منهما باعتبار أصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو أمر

رجلاً أن يضرب عبده عشرة أسواط فضرِبَ أحد عشر سوطاً فهو متعدي في السوط الحادي عشر فيضمن نقصان ذلك العبد من قيمته . وضرباً عشرة أسواط ونصف ما بقي من قيمته إذا مات من ذلك لأنه في ضرب عشرة أسواط عامل لصاحبه بأمره فكأنه فعل ذلك هذا بنفسه وقد مات العبد من السياط كلها فتوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الحياة لا عدد الجنائيات وإذا سلم الرجل عبده أو أمته إلى مكتب أو عمل آخر فضرِبَ الاستاذ فهو ضامن لما أصابه من ذلك وإن أذن له في ذلك فلا ضمان عليه لأن فعله بأذنه كفعل المولى بنفسه فلا يكون تعدياً منه وفعله بغير أمره يكون تعدياً منه وفرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بين هذا وبينما إذا ضرب الدابة التي استأجرها ضرباً معتاداً فقالوا الضرب معتاد هناك عند السير متعارف فيجعل كالأذن فيه وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وإنما الضرب عند سوء الأدب يكون ذلك ليس من التعليم في شيء ، فالعقد المعلق على التعليم لا يثبت الأذن في الضرب فلهذا يكون ضامناً إلا أن يأذن له فيه نصاً وكذلك أن سلم ابنه في عمل إلى رجل فإن ضربه بغير إذن الأب فلا إشكال في أنه يكون ضامناً وإن ضربه بأذن الأب فلا ضمان عليه في ذلك لأنه غير متعدي في ضربه بأذن الأب ولو كان الأب هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامناً في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهما يديعان المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة فيقولان إذا كان الاستاذ لا يضمن باعتبار إذن الأب فكيف يكون الأب ضامناً إذا ضربه بنفسه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه إذا كان يأذن وليه فاما ضرب الأب إياه لمنفعة نفسه فانه بغير سوء أدب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه يقيد بشرط السلامة وإذا توهن راعى الرمكة رمكة منها فوقع الوهن في عنقها فجنبها فمطبت فهو ضامن لأنه من جنسية يده وإن كان صاحبها أمره بالتوهن فلا ضمان عليه لأن فعله بأمر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لأن التوهن ليس من عمل الراعي في شيء ولا يدل في مقابلته فلا يتقيد على المأمور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو أمر رجلاً أن يخن عبده أو ابنه فاختطاً فقطع الحشفة كان ضامناً لما بينا أن عمل الختان معلوم بمحله فإذا جاوز ذلك كان ضامناً ولم يبين في الكتاب ماذا يضمن وهو مروي عن محمد رحمه الله في النوادر قال إن برأ فعله كمال بدل نفسه فإن مات فعليه نصف بدل نفسه لأنه إذا برأ

فعلية ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا يتأتى له في البدن فينتقد بدله ببدل النفس وإذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما أذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس ولو أمر رجلا أن يقطع أصبعه لوجع أصابعه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع شيء الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال ذلك قتلى فقتله وجه ظاهر الرواية أن الاذن صحيح هنا لأن لا أذن أن يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل المأذون اليه ويصير كأنه فعله بنفسه بخلاف قوله اقتضى فلاذن هناك غير صحيح لأن الاذن ليس له أن يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو أمر أن يفعل ذلك ببن له صغير أو بعبد له فهذا ومالوا أمره بنفسه سواء ولو أمر حجاما ليقطع سنا ففعل فقال أمرتك أن تقلع سنا غير هذا فالقول قوله والحجامة ضامن لأن الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك إذا أنكر الاذن في السن الذي قلعه ولو تكرار دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوارق عشرين مختوما ثم أمر رب الدابة فكاز هو الذي وضعها على الدابة فلا ضمان عليه لأن صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته وأكثر ما فيه أنه مغرور من جهة المستأجر ولكن الغرور إذا لم يكن مشروطا في عدم ضمان لا يكون مثبتا الرجوع للمغرور على الغار وان حملها جميعا ووضعها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة لأن نصف المحمول مستحقا بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد منهما في الحمل شائع في النصفين فباعبار النصف الذي حمله على الدابة لا ضمان على أحد وباعبار النصف الذي حمله المستأجر لا ضمان عليه في نصفه لأنه يستحق بالنصف وعليه الضمان في النصف الآخر لأنه متعدى فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل في عدلين فرفع كل واحد منهما عدلا فوضعا جميعا على الدابة لم يضمن المستأجر شيئا لأن المستأجر استحق بالعقد حمل عشر مخاتيم خنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو أن القصار استعان بصاحب الثوب حتى حق الثوب معه فتخرق ولا يدري من أى الفعلين تخرق فعلى قول أبي يوسف رحمه الله القصار ضامن نصف القيمة باعتبار الاحتمال وعلى قول محمد رحمه الله هو ضامن جميع القيمة لأن الثوب في يده فباعبار اليد هو ضامن ما لم يصل الى صاحبه سواء تلف بعمله أو بغير عمله فما لم يعلم أن التلف بعمل صاحب الثوب كان القصار ضامنا وإذا ساق الراعي الغنم أو البقر فتناطحت

فقتل بعضها بعضاً أو وطئ بعضها بعضاً من - ياقته وهو غير مشترك وهي لانسان واحد فلا ضمان عليه لأنه مأذون في السوق وقد بينا أن الاجير الخاص لا يكون ضامناً فيما يتلف بعمل المأذون فيه وإن كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركاً كان أو غير مشترك أما المشترك فلان هذا من جنابة يده وأما غير المشترك فلأنه سائق الدابة التي وطئت والدائق ضامن بالسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيه لأنه ملك المضمون بالضمان فلا يكون مسلماً إلى صاحبه وإذا ساق الراعي الماشية فمطبت واحدة أو وقعت في نهر فمطبت فهو ضامن لأنه أجير مشترك والتلف حصل بعمله ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها فإن لبس من ذلك مثل ما لبس الناس إذا ركبوا لم يضمن وإن كان أكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لأن المستحق بمطلق المقدم هو المتعارف وإن تكرار ناقة ليحمل عليها امرأة فولدت المرأة فحملها هي وولدها على الناقة بنير أمر صاحبها فمطبت الناقة فهو ضامن بحساب ما زاد عليها للولد لأن الولد مقصود بالحمل بمد الانفصال وهو في مقداره مخالف فيضمن بحساب ما يخالف كما لو زاد متاعاً معها ولو نتجت الناقة فحمل ولد الناقة مع المرأة فهو ضامن أيضاً لأنه مخالف لما قلنا وإن تكرار بنير الحمل فحمل عليه زاملة فهو ضامن لأنه مخالف فيما صنع فالزاملة أضر بالبئر من الحمل وإن حمل عليه رجلاً مكان الحمل فلا ضمان عليه فلا يكون فعله ذلك خلافاً وقد بينا نظيره في السرج مع الكاف والله تعالى أعلم بالصواب

باب اجارة رحا الماء

(قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل رحاء والبيت الذي هو فيه وهو متاعها كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لأنه غير متنع به واستجاره متعارف فإن انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استأجره فإنه إنما استأجره ليطلع فيها بالماء دون الثور وبانقطاع المال زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله أن ينقض الاجارة لتغير شرط المقدم عليه فإن لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وإن كان قد بقي يوم واحد فلم يكن له أن ينقضها لزوال المنذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة ولأن هذه الاجارة في حكم عقود متفرقة لا يثبت الخيار لتفرق الصفة وإن اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعاً فالقول قول المستأجر لأنهما يتفقان أنه لم

يستوف جميع المعقود عليه وإنما اختلفا في مقدار ما استوفى قرب الرحا يدعى زيادة في ذلك والمستأجر منكر ذلك ولو قال المؤاجر لم ينقطع الماء فإنه بحكم الحال فيه فإن كان الماء منقطعاً في الحال فالقول قول المستأجر وإن كان جارياً فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله لأنه إذا كان منقطعاً في الحال فالظاهر أنه كان منقطعاً فيما مضى وإن كان جارياً في الحال فالظاهر أنه كان جارياً فيما مضى وفي الخصومات القول قول من يشهد له الظاهر * توضيحه أنا قد عرفنا الماء جارياً عند العقد والبناء على الظاهر واستصحاب الحال أصل ما لم يعلم خلافه فإذا علمنا انقطاع الماء في الحال بقدر استصحاب الحال فاعتبرنا الدعوى والانكار قرب الرحا يدعى تسليم المعقود عليه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما إذا كان جارياً في الحال فاستصحاب الحال ممكن فجعلنا رب الرحا مسلماً للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه على عمله لأن الاستحلاف على ما لم يكن في يده ولا من عمله فيكون على العلم وإن كان استأجر جميع ذلك بعشرة دراهم كل شهر فطحن فيها في الشهر بثلاثين درهماً فربح عشرين درهماً فإن كان المستأجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام أو أجيره أو عبده فالربح له طيب لأن الفضل بمقابلة منفعته وإن كان رب الطعام هو الذي يربي ذلك لم يطلب الربح للمستأجر إلا أن يكون قد عمله فيها عملاً تنفع بها الرحا من كرى النهر أو نقر الرحا وغير ذلك فينبذ بحمل الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر لرحا معتبراً بحمل الفضل بمقابلته ولم يحمل كنس البيت فيما سبق معتبراً في ذلك لأن كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولأن التمكن من الانتفاع باعتباره فأما نقر الرحا وكرى النهر بعد زيادة المستأجر وبه يتمكن من الانتفاع وإذا استأجر موضعاً على نهر لينى عليه بناء ويتخذ عليه رحاماً على أن الحجارة والمتاع والحديد والبناء من عند المستأجر فهو جائز لأنه استأجر الأرض لمنفعة معلومة فإن انقطع ماء النهر فلم يطحن ولم يفسخ الاجارة فالاجر لارم له لأن المعقود عليه منفعة الأرض وهي باقية بعد انقطاع الماء والمستأجر مستوفى بما يشغل الأرض بمتاعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الآن هنالك أن يفسخ الاجارة للمذرفان مقصوده استيفاء منفعة لا يتم ذلك بدون جريان الماء وفي الزام العقد إياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون ذلك عذراً له في الفسخ ولو استأجر رحا ١٠ ممتاعاً فانقطع الماء شهراً فلا أجر عليه في ذلك الشهر لما قلنا وإن قل الماء حتى أضربه في الطحن وهو يطحن مع ذلك فإن كان ضرراً فاحشاً فهو عيب فيما هو المتسود فيتمكن

لأجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالبيع وان كان غير فاحش فلا جارة لازمة له لانه استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزداد تارة وينتقص أخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولأن ما لم يمكن التحرز عنه عفو وإذا خاف رب الرحا أن ينقطع الماء فتنسخ الاجارة فأكرى البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستأجر أن يترك الاجارة لان استئجار هذه الاعيان كان المقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفي ابقاء العقد بعد انقطاع الماء ضرر عليه وهذا ضرر لم يأنزه بأصل العقد فيكون عذرا له في الفسخ كما واستأجر والرحا يطحن بحمله فينق جملته ولم يكن عنده ما يشتري به جملا كان له أن يترك الاجارة ولو استأجر رحاما فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو البيت فله أن يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان أصاح ذلك رب الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستأجر أن يفسخ بعد ذلك لزوال العذر في بقية المدة ولكن يرفع عنه من الاجر بقدر ذلك لانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول المستأجر في مقدار العطللة لاتفاقهما على أنه لم يسلم جميع العقود عليه الا أن يشكر المؤجر البطالة أصلا فكان القول قوله باعتبار استحباب الماء لانا عرفنا تمكن المستأجر من الانتفاع عند تسليم الرحا ثم يدعى هو عارضا مانعا فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو ادعى أن غاصبا حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استأجر رحاما على أن يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيرا أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لا يضر بالرحا فلا ضمان عليه وان كان أضر عليها من الحنطة ضمنه مانقصها لان التقيد معتبرا إذا كان مفيدا والخلاف الى ما هو أضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا أجر عليه في ذلك لوقت لانه غاصب ضمان من النقصان ولا يجتمع الاجر والضمان وإذا تأجر الرجل رحا وبيتا من أجير وبعيرا من آخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جائز لان استئجار كل عين من هذه الاعيان على الانفراد صحيح ثم يقسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها بالحصة ولو اشترك أرباب هذه الاشياء على أن يعملوا للناس باجر فما طعنوا فالاجر بينهم أثلاثا فان أجروا الجمل بعينه فطحن فأجر ذلك لصاحب الجمل لانه سمي بمقابلة نفمة الجمل والآخري أجر مثلها لنفسهما ومتاعهما على صاحب الجمل لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو مستوفيا لمنافعهما وقد شرط بمقابلة ذلك أجر ولم

يسلم لهما ذلك الاجر فان قبلوا الطعام علي أن يطحنوه باجر معلوم ولم يؤجر والا اجلل بعينه
فما كتسبوه صار أثلاثا بينهم لانهم اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان
كان لرجل بيت علي نهر قد كان فيه رحا ماء فذهب وجاء آخر برحا آخر ومتاعها فنصبها
في البيت واشتركا علي أن يتقبلا من الناس الخنطة والشعير فطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان
فهو جائز وما طحناه وما تقبلناه فاجر بينهما نصفان لاسـ وتأنهما في تقبل العمل في ذمتها
وليس للرحا ولا للبيت أجرة لان كل واحد منهما ما يتنى عن متاعه أجرة سوى ما قال
(ألا ترى) أن قصارين لو اشتركا علي أن يعملا في بيت احدهما باداء الآخر فما كسبا فهو
بينهما نصفان كان جائزا ولم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه باجر بادائه ولو أجرة الرحا
باجر معلوم علي طعام معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملائكة
ولصاحب البيت أجر مثل بيته ونفسه علي صاحب الرحا اذا كان قد عمل في ذلك لان
منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب الرحا ولم يسلم له بمقابلته ماسـ شرط له من الاجر (قال) ولا
أجازه به نصف أجر مثل الرحا في قول أبي يوسف رحمه الله وقد بينا نظيره في كتاب
الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا فنصب رجل مكانه حجرا بغير أمر صاحبه وجعل
يتقبل الطعام ويطحن فهو مسمى في ذلك ضامن لما أفسد من الحجر الاسفل ومتاعه لانه
غاصب والاجر له لانه وجب بمقتده وان كان وضع الحجر الاعلى برضاء صاحبه علي أن
الكسب بينهما نصفان فهو كما شرط وهو نظير ماسـ بقا اذا كان يتقبلان الطعام فالاجر بينهما
كما شرط ولو بنى علي نهر بيتا ونصب فيها رحا ماء بغير رضى صاحب النهر ثم يقبل الطعام
فكسب في ذلك مالا كان له في الكسب وكان ضامنا لمناتص البيت وساحته وموضعه والنهر
لانه متلف لذلك بفعله ولا يضمن شيئا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه لم يفسد شيئا من
الماء بفعله ولو أن رجلا له نهر اشترك هو ورجلان علي أن جاء أحدهما برحا والآخر بمتاعها
علي أن يبنوا البيت جميعا من أموالهم علي أن ما كسبوا من شيء فهو بينهم فهو جائز وهذا
مثل المسئلة الاولى اذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم أثلاثا والله أعلم بالصواب

باب الكراء الى مكة

(قال رحمه الله واذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل علي أحدهما محملا فيه

رجلان وما يصلحهما من الوطء والدثر وإحديهما زاملة يحمل عليه كذا محتوما والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت والماليق وقد رأى الرجلين ولم ير الوطء والدثر ولم يبين ذلك وشرط حمل ما يكفيه من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطء ولدثروجهالة مقدار الماء والخل والزيت والماليق وهذه جهالة تقضي الى المنازعة فان الضرر على الأبل تختلف بذلة ذلك وكثرته وفي الاستحسان يجوز لانه متعارف وفي اشتراط اعلام وزن كل شيء من ذلك بعض الحرج ثم المقصود على أحد الحملين الرجلان وقد رآهما الحمل وعلى الحمل الآخر الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع اذا صار ماهو الأصل معلوما فالجمل في البيع عفو ومقدار البيع يصير معلوما أيضا بطريق العرف وعلى هذا لو اشترط عليه أن يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز أيضا لانه متعارف معلوم المقدار عرفا ولولين وزن المعليق والهدايا كان أحب اليها لانه أبعد من المنازعة واذا ارادا الاحتياط في ذلك فينبغي أن يسمى لكل محمل قريتين من ماء أوادواتين من أعظم ما يكون من ذلك ويكتب في الكتاب أن الحمل قد رأى الوطء والدثر والقريتين والادواتين والخيمة والقبة فان ذلك أوثق وانما يكتب الكتاب على أوثق الوجوه وان اشترط عليه عقبة الأجير فهو جائز ويكتب وقد رأى الحمل الاجير وفي تفسير عقبة الاجير قولان أحدهما أن المستأجر ينزل في كل يوم عند الصباح والمساء فذلك معلوم فيركب أجيده في ذلك الوقت وسمى ذلك عقبة الاجير والثاني أن يركب أجيده في كل مرحلة فرسخا أو نحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمل ويسمى ذلك عقبة الاجير وفي كتاب الشروط قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرى أن يشترط من هدايا مكة كذا وكذا منا لان ذلك أبعد من المنازعة والمحمول من الهدايا يختلف في الضرر على الدابة باختلاف مقدار الوزن وان تكرري شق محمل أو شق زاملة فاختلفا فقال الحمل انما عينت عيدان المحمل وقال المستكرى بل عينت الأبل فان كان الكراء كما يتكرري به لأبل الى مكة فهو على الأبل وان كان كما يتكرري به شق محمل خشب فالقول قول الحمل مع يمينه لانه اذا كان كما يتكرري به الاول فالظاهر بشهد للمستكرى وان كان شيئا يسيرا كما يتكرري به الخشب فالظاهر يشهد للحمل وعند المنازعة يحمل القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشترى قربة ماء بدائق فقال انما اشتريت القربة دون الماء لا يصدق ولو اشترى اهابا بشرين درهما قال السقاء بمت الماء دون القربة وكذلك لو اشترى مبطحة ثم قال المشتري اشتريت الارض وقال البائع انما بمت البطيخ

فانه بحكم الثمن في ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر واذا تكرارى من الكوفة الى مكة ابلا . سماء بغير أعيانها فقال الجمال أخرجك في عشر ذى القعدة فقال المستكرى أخرجنى في خمس مضين أو على عكس ذلك فانه يخرج به في خمس مضين في الوجهين جميعا لانه لا يخاف القوت اذا خرج بعد خمس مضين فان أراد الجمال أن يخرج به قبل ذلك فهو يريد أن يلزمه ضرر السفر من غير حاجة اليه فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك واذا طلب المستكرى في عشر ذى القعدة وهو يريد أن يلزم الجمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو مترفها في نفسه فلماذا لا يمكن من ذلك ولان بمطابق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة بخمس مضين فاذا أراد الجمال أن يتأخر الى نصف ذى القعدة وأبى ذلك المستكرى فليس للجمال ذلك لانه يخاف القوت في هذا التأخير ويلحق المستكرى مشقة عظيمة باستدانة السفر وان قال المستأجر أخرجنى للنصف من ذى القعدة وقال الجمال أخرجك بخمس مضين فانه يرتكب مؤنة العلف فاني أؤخره لشر مضين من ذى القعدة ولا تؤخره لاكثر من ذلك لان الغالب ادراك الحج اذا خرج بعشر مضين والغالب هو القوت اذا أخر الخروج أكثر من ذلك والمستحق بمطابق العقد صفة السلامة لانهاية الجودة وان كان بينهما ما شرطاهما على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الشرط أملاك : أى يوفى به ولا بأس بأن يسلف في كراء مكة قبل الحج سنة أو باشر لان وقت الحج معلوم لا يجهل وهذا بناء على مذهبنا ان الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل تصح (وعلى قول) الشافعى رحمه الله لا تصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء وهذا بناء على أصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالأعيان القائمة فانما يتحقق ذلك اذا اتصل المعقود عليه بالعقد في الاجارة المضافة ولا يوجد ذلك ثم الاضافة الى وقت في المستقبل كالتعليق بالشرط حتى ان ما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته الى وقت في المستقبل كالطلاق والعقاق وما لا فلا كالاجارة والبيع ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل الاضافة الى وقت في المستقبل والدليل عليه أنه لا يتعاق به اللزوم ولا يملك الأجر بنفس العقد وان شرط التعجيل فلوان عقد العقد صحيحا لا انعقد بصفة اللزوم ويملك الاجر به اذا شرط التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا في ذلك أن جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس الحاجة الى الاستئجار مضافا الى وقت في المستقبل لان في وقت حاجته ربما لا يجد ذلك أولا يجده باجر المثل فيحتاج الى أن يسلف فيه قبل ذلك

ثم قد بينا انه وان أطلق العقد فهو في معنى المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقاده بحسب ما يحدث من المنفعة أو تقام العين المنتفع بها مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف الى وقت في المستقبل وبين المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك لا يختلف به وبه فارق التطبيق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة لا تمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان وأصح الروايتين أنه يلزم وليس لاحدهما أن يفسخ الا بمذر فان الاجر لا يملك بشرط التعميل وقد بينا الفرق بين هذا وبينما اذا شرط التعميل في عقد الاجارة في الحال لان هناك تأخر الملك بقضية المساواة فيحتمل التغير بالشرط وهنا تأخر الملك لنصيبهما على التأخير باضفة العقد الى وقت في المستقبل فلا تغير ذلك بالشرط ولو تكرار ابلال الى مكة بشئ من المكيل أو الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له أجلا مسمى فهو جائز وان لم يسم الموضع الذي يوفيه فيه وقد نص على الخلاف فيما تقدم أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا بد من بيان المكان فبين بذلك أن هذا الجواب قولها وان حل الاجل بمكة وأراد أخذه هناك وأبي المستأجر فان استوثق من المستأجر على أن يوفيه بالكوفة حيث تكرار وقد ذكرنا على قولهما أن في اجارة الداريتين للإيفاء موضع الدار وهنا ذلك غير ممكن لان الأجر يجب شيئا فشيئا بحسب سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للإيفاء وربما يتعين للتسليم موضع السبب وهو العقد وان كان الأجر شيئا بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين لإيفائه الموضع الذي فيه ذلك العين لانه ملك في ذلك الموضع بعينه كالبيع بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة فانه يسلم اليه بعد الوجوب حيث ماله فيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكرار منه حملا وزاملة وشرط حملا معلوما على الزاملة فأكل من ذلك الحمل أو نقص من الكيل والوزن كان له أن يتم ذلك في كل منزل ذاهبا وجائيا لانه استحق بالعقد حملا مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له أن يستوفي ما استحقه بالشرط وليس للحمال أن يمنعه من ذلك بخلاف الحمل فانه اذا شرط فيه انسانين معلومين فليس له أن يحمل غيرهما الا برضاء الحمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وان خرج بالبعيرين يقودهما ولا يركبهما ولم يحمل عليهما جائيا فعليه الاجر كاملا لتمكنه من استيفاء المعقود عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق وقد صار مسلما الى

المستأجر نفود الدابة معه في الطريق وإذا مات الرجل بعد ما قضي المناسك ورجع الى مكة فأما عليه من الاجر بحسب ذلك لان العقد فيما بقي قد بطل بموته فيسقط الاجر بحسبه ويجب في تركته بحسب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكراء خمسة أعشار ونصف ويبطل عنه أربعة أعشار ونصف ويان تخريج هذه المسئلة أن من الكوفة الى مكة سبعة وعشرين مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك تكون في ستة أيام في يوم التروية يخرج الى منى وفي يوم عرفة يخرج الى عرفات وفي يوم النحر يعود الى مكة لطواف الزيارة وثلاثة أيام بعده للرمي فيحسب لكل يوم مرحلة فإذا جمع ذلك كله كان ستين مرحلة كل سنة من ذلك عشر فإذا مات بعد قضاء المناسك والرجوع الى مكة فقد تقرر عليه ثلاثة وثلاثون جزءاً من ستين جزءاً من الاجر سبعة وعشرين جزءاً للذهاب الى مكة وستة أجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة أعشار ونصف عشر كل عشر ستة وربما يشترط الممر على المدينة فيزداد به ثلاثة مراحل فان من الكوفة الى مكة على طريق المدينة ثلاثين مرحلة فان كان شرط ذلك في الذهاب تكون القسمة على ثلاثة وستين جزءاً ويتقرر عليه ستة وثلاثون جزءاً من ثلاثة وستين جزءاً من الاجر ثلاثون للذهاب وستة لقضاء المناسك وان كان الشرط الممر على المدينة في الرجوع فمليه ثلاثة وثلاثون جزءاً من ثلاثة وستين جزءاً من الاجر سبعة وعشرين للذهاب ولقضاء المناسك ستة أجزاء وان كان الشرط بينهما أن الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فالقسمة على ستة وستين جزءاً وانما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزءاً من ستة وستين للذهاب ثلاثون ولقضاء المناسك ستة أجزاء فاصل ما يتقرر عليه ستة أجزاء من احدى عشر جزءاً من الاجر وحرف هذه المسئلة أنه لم يعتبر السهولة والوعورة في المراحل لقسمة الكراء عليها لان ذلك لا يملك ضبطه والكراء لا يتفاوت باعتبار عاده وانما يتفاوت بالقرب والبعد فهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وان تكرار قوم مشاة بمير الى مكة واشتروا على المكاري أن يحمل من مرضهم أو أعياء فهذا فاسد للجهالة وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة ولو اشتروا عليه عقبة لسكل واحد منهم كان جائزاً لان ذلك معلوم لا يمكن بعده المنازعة وإذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملاً غيره فان لم يكن في ذلك ضرر فله ذلك لما بينا أن التمين الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً وان أراد أن ينصب على المحمل كنيسة أو قبة فليس له ذلك الا برضاء من المكاري لما في ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط

عليه كنيسة بعينها فاراد أن يحمل كنيسة أعظم منها أو قبة فليس له ذلك لأن هذا نعيم مفيد وفي التبديل زيادة ضرر على دابته وإن أراد أن يحمل كنيسة دونها فله ذلك لأنها أخف على البعير من المشروط. وإن أراد الحمل أن لا يخرج إلى مكة فليس له عذر لأنه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير أن يخرج بأن يبعث بالابل مع أجيره أو مع غلامه وإن أراد المستأجر أن لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لأنه لا يتمكن من الاستيفاء إلا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر ما لا يخفى وكذلك لو كان أكثرى الابل لحمل الطعام إلى مكة فبلغه كساد أو خوف أو بداله ترك التجارة في العام فهذا عذر له لأنه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر لم يلتزمه بأصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة والله أعلم بالصواب

باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته

(قال رحمه الله وإذا استأجر أجيرا يعمل له في بيته عملا مسمى ففرغ الاجير من العمل في بيت المستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل أو هلك وله الاجر) لأن عمله صار مسلما إلى المستأجر لأن محل العمل في يد المستأجر لأنه في بيته والبيت مع ما فيه في يد صاحب البيت فكما صار مسلما تقرر الاجر في ذمته ولا ضمان على الاجر فيما هلك من غير فعله لأن مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استأجره ليخيط له في بيت المستأجر قميصا وخطا. بعضه ثم سرق منه الثوب فله الاجر بقدر ما خطا. فإن كل جزء من العمل يصير مسلما إلى صاحب الثوب بالقراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود فلو كان استأجره ليخيط في بيت الاجير لم يكن له شيء من الاجر لأنه لا يصير عمله مسلما إلى صاحب الثوب فإن الثوب في يد الاجير لأنه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لأن اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن أصل الثوب في يده فیده لا تثبت على ما اتصل به أيضا وخروجه من ضمان العامل وتمذر الاجر على المستأجر باعتبار ثبوت اليد له على المول واستشهد بما قال انه لو استأجره يبنى له حائطا فبنى بعضه أو كله ثم انهدم فله أجر ما بنى لأنه في ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء

ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله وإن احترق الخبز في التنور قبل أن يخرج منه فهو ضامن لأن هذا من جنائية يده ويتخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته بخبوزا وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر وقد بينا نظيره في القصار وإن استأجر رجلا يحمل له طعاما إلى موضع معلوم فسرق منه في بعض الطريق فله الأجر بقدر ما تحمل لأن المعقود عليه ههنا منافع لا أحداث وصف في المحل فبقدر ما تحمل يصير المعقود عليه مسلما إلى صاحبه فكان له من الأجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذي يحدث في المحل بهمله وثبوت اليد على الوصف بثبوته على الموصوف فما لم تثبت يد المستأجر على محل العمل لا يصير مسلما للعمل فلا يتقرر الأجر وعلى هذا قلنا في كل موضع إذا هلك لم يكن له فيه أجر فله أن يجبسه حتى يأخذ الأجر كالخياط والقصار في بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الأجر فليس له أن يجبسه كالحمال والخياط والخباز في بيت صاحب العمل فإن جبسه وهلك عنده فهو ضامن لأنه غاصب في الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون في بيت المستأجر ضامنون لما جنت أيديهم مثل ما يضمنون ما عملوا في بيوتهم لأن العامل أجير مشترك سواء عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعب لا يكون معقودا عليه وهذا بخلاف ما إذا استأجره يوما ليخيط له ثوبا في بيته فإنه لا يضمن ما جنت يده لأن المعقود عليه منفعه (الأنرى) أنه ليس له أن يعمل ذلك في غير يومه وأنه يستوجب الأجر بتسليم النفس وإن لم يستعمله ولو استأجر طباحا يصنع له طعاما في ولية فافسد الطعام فاحرقه ولم يضرجه فهو ضامن لأنه أجير مشترك وهذا من جنائية يده ولو لم يفسد الطباح ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فأمر صاحب البعير فأدخلها الدار فساق البعير فمطب نخر على القدور فكسرها فافسد الطعام فلا ضمان على صاحب البعير لأنه ساقها بأمر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الإنسان الدابة في ملك نفسه لا يكون تعديا موجبا للضمان كحفرة البئر ووضع الحجر في ملك نفسه ولا ضمان على الطباح فيما عمل من الطعام لأن التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف إلى صاحب الدار حكما وكذلك لو كان البعير سقط على ابن رب الدار وهو صبي فقتله أو على عبده فلا ضمان عليه لأن التسبب إذا لم يكن تعديا لا يكون موجبا للضمان على أحد ولو أدخل الطباح النار ليطبخ بها فوقعت شرارة

واحترق الدار فلا ضمان عليه لان له أن يدخل النار ويعمل بها فعمله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه أدخل النار في ملكه ومن أوقد النار في ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك اذا فعل غيره بأمره والله أعلم بالصدق والصواب

باب اجارة الفسطاط

(قال رحمه الله واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ويحج ويخرج من الكوفة في هلال ذي القعدة فهو جائز) لانه استأجر عينا منتفعا به وهو معتاد استئجاره والفسطاط من المساكن فاستئجاره كاستئجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والجوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع به معتاد استئجاره فان تكارى شيئا من ذلك ليخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد في القياس لان وجوب التسليم اليه حين يخرج به واذا لم يكن معلوما فربما تتمكن بينهما منازعة فيه والناس يتفاوتون فيه بالخروج الى مكة فمن بين مستعجل ومؤخر ولكنه استحسنت فقال وقت الخروج للحج من الكوفة معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذي تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولا معتبر بالاقرار وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستأجر لان الدين في يده أمانة فان تقيضه يقرر حق صاحبه في الاجر وهو مأذون في استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يتخرق منه اذا لم يحاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استغثت عنه فلم أستعمله فالاجر واجب عليه لانه تمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع به في تقرر الاجر عليه ولو انقطعت أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لم يكن عليه أجر لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع به والاجر لا يلزمه بدون فاقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا أنه لم يتمكن من استيفاء جميع المقتود عليه وان الصفة قد تفرقت عليه فاقول قول المستأجر في مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم أستعمله إلا يوما واحدا فاقول قوله وليس عليه الكراء الا مقدار ذلك لانه منكر للزيادة ولو أسرج المستأجر في الفسطاط أوفى الخيمة حتى اسود من الدخان أو احترق أو علق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه وان كان تعدى فيه أو اتخذ مطبخا أو أوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من

السواد فهو ضامن لما أفسد لان بمطلق العقد يثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف
 فاذا لم يجاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان القسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل
 وإيقاد النار في المسكن متعارف لا بد للمساكن منه ولكن اذا جاوز الحد المتعارف فهو متعدي
 فيما صنع فيكون ضامنا لما أفسد وكان عليه الكراء اذا كان مابقي منه شيئا ينافي السكنى فيه فان
 كان دون ذلك فلا كراء عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به في بقية المدة
 وان اشترط عليه صاحبه أن لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له أن يوقد فيه ولا يسرج لان
 هذا أضر من السكنى فيه من غير اسراج وقد استثناه صاحبه بالشرط. والتقييد متى كان مفيدا
 فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز ما استحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المقود
 عليه وانما ضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر باستيفاء المقود عليه كالمستأجر للدابة
 الى مكان اذا جاوز واذا استأجر قبة تركية بالكوفة كل شهر بأجر معلوم ليستوقد فيها ويبيت
 فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترقت من الوقود لان الايقاد فيها معتاد فلا يكون هو
 متعديا بالايقاد فيها فان بات فيها عبده أو ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا أن له
 أن يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه هو وهذا لانه لا ضرر على القبة بكثرة من يسكنها واذا
 استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة فقمه وأعطاه أخاه فحج ونصب واستظل به فهو ضامن
 ولا أجر له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر
 لان القسطاط من المساكن وفي المسكن لا يتعين سكنه بنفسه لان سكنه وسكنى غيره في
 الضرر على القسطاط سواء فهو كتسليم البيوت (ألا ترى) أنه لو أخرج القسطاط فيه بنفسه ثم
 أسكن فيه غيره لم يضمن فلذلك اذا دفعه الى غيره حتى يخرج به وهو نظير مالهو استأجر
 عبدا يخدمه في طريق مكة فاجره من غيره بخدمة لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام
 والاضرار على الغلام أين من التفاوت في السكنى في القسطاط ثم لما لم يتعين هناك المستأجر
 للاستخدام فهذا أولى وجه قولهما أن القسطاط يحول من موضع الى موضع والضرر عليه
 يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه في مهب الريح يخرقه ونصبه من موضع الندوة
 والنزيفسده فاذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس وبحسبه يختلف الضرر فكان التمييز معتبرا
 بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها أو الثوب يستأجره ليلبسه هو فاذا دفعه الى غيره صار مخالفا
 ضامنا ولا أجر عليه لانه لم يستوف المقود عليه وهذا بخلاف المسكن فانه لا يحول من

موضع الى موضع بخلاف العبد لان الاستخدام له حد معلوم بالعرف فاذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سواء كان المستأجر هو الذي يستخدمه أو غيره فلا فائدة في التعمين هناك بخلاف ما اذا خرج بنفسه لانه هو الذي يختار موضع النصب للفسطاط واذا كان ذلك برأيه كما أوجبه العقد فسكناه وسكنى غيره بعد ذلك سواء فلما اذا دفعه الى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لا يكون برأيه بل يكون برأى الذى خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لولم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالمقد فاسد في قول أبي يوسف رحمه الله كما لولم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد رحمه الله العقد جائز كما في خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت أطناب الفسطاط كلها فصنعها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى رجع فعليه الاجر كله لانه استوفى العقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فاذا تمكن من استيفاء العقود عليه باطناب نفسه لزمه الاجر كما في استئجار الرحا اذا انقطع الماء فطحن المستأجر بحمله وجب عليه الاجر ثم يمسك أطنابه لانه لم يمسكه فيمسكه اذا رد الفسطاط ولولم تداق عليه الاطناب لم يكن عليه الكراء لانه لم يكن متمكنا من استيفاء العقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر متمكنا من الاستيفاء بملك نفسه لان ذلك ليس مما أوجبه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فلما اذا انكسرت أوتاده فلم يضر به حتى رجع كان عليه الكراء كما لا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لان الاوتاد من قبل المستأجر والاطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول انه بنى هذا الجواب على عرف ديارهم فلما في عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والأصح أن يقول من الاوتاد ما يتيسر وجوده في كل موضع ولا يتكلف بحمل مثله من موضع الى موضع فهذا على المستأجر ومنه ما يكون متخذ من حديد وذلك لا يوجد في كل موضع فثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فراده مما قال الاوتاد التي توجد في كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء العقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وان تكرري فسطاطا يخرج به الى مكة تخلفه بالكوفة حتى رجع فهو ضامن لانه أمسكه في غير الموضع المأذون فيه فان صاحبه انما أذن له في الامساك في الطريق ليقدر حقه في الاجر ويفوت عليه هذا المقصود اذا أمسكه بالكوفة واه ساك الغير بغير اذن مالكه موجب الضمان عليه ولا كراء عليه لانه ما تمكن من استيفاء العقود عليه فالمعقود عليه نصبها

وسكنها في الطريق وذلك لا يتأتى اذا خلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ما أخرجه
لانه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كمالو أنكر قبض
الفسطاط أصلا وكذلك لو أقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط الى صاحبه فهو مثل
الاول لوجود الامساك لاعلى الوجه الذى أذن له فيه صاحبه وكذلك لو خرج ودفع الفسطاط
الى غلامه فقال ادفعه الى صاحبه فلم يدفع حتى رجع المولى فهو مثل الاول لانه لم يصل الى
صاحبه وكونه في يد غلامه ومال وخلفه في بيته بالكوفة سواء وكذلك لو دفعه الى آخر
وأمره أن يرده الى صاحبه فلم يفعله لانه يخالف بالامساك في غير الموضع المأذون فيه وبالتسليم
الى الاجنبي أيضا ولو حمله الرجل الى صاحب الفسطاط فأبى أن يقبله برئ المستأجر والرجل
من الضمان ولا أجر عليه لان صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مأثور
المستأجر كفعل المستأجر بنفسه ولو رده بنفسه لم يكن لصاحبه أن يمتنع من قبوله لان هذا عذر
له لانه يحتاج الى مؤنة في اخراج الفسطاط وله أن يلتزم تلك المؤنة فكذلك اذا رده ثانية لم
يكن له أن يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الآخر قبل أن يحمله الى صاحبه
فصاحب الفسطاط أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعدي في حقه غاصب فان ضمن
الوكيل رجع به على المستأجر لانه ضمن في عمل باشره له بأمره وان ضمن المستأجر لم يرجع به
على الوكيل لانه لو رجع عليه رجع الوكيل به أيضا ولان يد الوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه
في يد الوكيل كهلاكه في يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط الى مكة ورجع به فقال المولى اجر
للمستأجر احمه الى منزلي فليس له ذلك على المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا أن منفعة
النقل حصل لرب المتاع من حيث أنه تقرر حقة في الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف
المستأجر وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجر فالحمل على المستأجر
لانه بمنزلة الغاصب وهو الذى ينتفع بالرد من حيث أنه برأ نفسه عن الضمان وان استأجر دابة
الى بلدة أخرى فقبضها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر ما يحبسها الناس الى أن
يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها مالا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فهو ضمان لها ولا كراء
عليه لانه أمسكها في غير الموضع الذى أذن له صاحبها في الامساك وفي هذا الخلاف ضرر على
صاحبها فان حقه في الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضماننا الا أن المقدار
المتعارف من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص واذا استأجر الرجلان

فسطاط من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا فقال أحدهما اني أريد ان آتي بالبصرة وقال الآخر اني أريد أن أرجع الى الكوفة وأراد كل واحد منهما يأخذ الفسطاط من صاحبه فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يدفع الكوفي الى البصري أو البصري الى الكوفي أو يختصما فيه الى القاضى بمكة فاما اذا دفعه الكوفي الى البصري فذهب به الى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط أن يضمن البصري قيمته ان هلك لانه غاصب مستعمل في غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه وكذلك ان لم ينصبه فهو بالامسالا في غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصّة الذهاب من الاجر ولا أجر على واحد منهما في الرجوع أما البصري فلانه مارجع من الكوفة وقد تقرر عليه ضمان القيمة وأما الكوفي فلانه لا يكون متمكنا من استيفاء المعقود عليه في الرجوع حين ذهب البصري بالفسطاط وان أراد صاحبه أن يضمن الكوفي فان أقر أنه أمره أن يذهب به الى البصرة كان له أن يضمنه نصف قيمته لان النصف كان أمانة في يده وقد تعدى بالتسليم الى صاحبه ليمسكه علي خلاف ماضى به صاحبه فكان له أن يضمنه ويضمن البصري نصف قيمته وان قال الكوفي لم أمره أن يذهب به الى البصرة ولكنى دفعته اليه ليمسكه حتى يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستأجرين أن يتركه في يد صاحبه ولا يكون تسليمه الى صاحبه ليمسكه في الموضع الذى تناول الاذن موجه الضمان عليه والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه ينكسر بسبب وجوب الضمان عليه وصاحب الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصري الى الكوفي فرجع به الى الكوفة فالكرء عليهما جميعا على البصري نصفه وعلى الكوفي نصفه لان الكوفي استوفى المعقود عليه في الرجوع في نصيب نفسه باعتبار ملكه وفي نصيب البصري بتسليطه اياه على ذلك وذلك ينزل منزلة استيفائه بنفسه فيجب الكراء عليهما ولا ضمان علي واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله فينبغي أن يكون البصري ضامنا ولا كراء عليه في الرجوع كما لو دفعه الى أجنبي آخر وقد بيناه والاصح أنه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا قد رضي برأى كل واحد منهما في النصب واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هناك لم يرض برأيه في اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفي فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه وعلى البصري أجره ذاهبا وليس عليه أجر في الرجوع لان نصيبه كان في يد الغاصب ولم يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه

حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفي ضامنا لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصري فيكون ضامنا وان ارتفع الى القاضي بمكة فللقاضي في ذلك رأى فان شاء لم ينظر فيما يقولان حتى يقبلا عنده البيعة لان صاحب الفسطاط غائب وهما يدعيان على القاضي وجوب النظر عليه في حق الغائب في ماله فلا يلتفت الى ذلك اذا لم يعرف سببه فان فعل القاضي بذلك ولم يجد البيعة فدفعه البصري الى الكوفي فهو على الجواب الاول الذي قلنا اذا لم يرتفع الى القاضي واذا اقام البيعة عنده على ما ادعيا قبات البيعة لانهما أثبتا سبب وجوب ولايته في هذا المال ووجوب النظر للغائب وهذه بيعة تكشف الحال فتقبل من غير الخصم أو القاضي كأنه الخصم في موجب هذه البيعة ثم يحلف البصري على ما يريد من الرجعة الى البصرة لانه يدعي المذر الذي به يفسخ الاجارة في نصيبه وذلك شيء في ضميره لا يقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر في حالهما من غير اقامة البيعة احتياطا في حق الغائب واذا حلف البصري فالقاضي يخرج الفسطاط من يده لانه ليس من النظر للغائب ترك الفسطاط في يده ليذهب به الى البصرة ولكنه يؤاجر نصيبه من كوفي مع الكوفي الاول ليتوصل صاحب الفسطاط الى غير ملكه ويتوفر عليه الكراء بجميع الفسطاط في الرجوع وان اراد الكوفي أن يستأجر نصيب البصري فهو أولى الوجوه لان صاحب الفسطاط كان راضيا بكون الفسطاط في يده ولان اجارته منه تجوز بالاتفاق لانه اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضي فيما يرجع الى النظر للغائب كفعل الغائب بنفسه وان لم يرغب فيه حينئذ يؤجره من كوفي آخر فيجوز ذلك على قول من يجوز اجارة المشاع وعلى قول من لا يجوز ذلك فهذا فصل مجتهد فيه فاذا امضاه القاضي باجتهاده نفذ ذلك منه وان لم يجد من يستأجره من أهل الكوفة يدفع الفسطاط الى الكوفي وقال نصفه ملك بالاجارة الاولى ونصفه ملك ودية حتى يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغائب باتصال عين ملكه اليه وعلى الكوفي نصف الاجر في الرجوع لانه استوفى المقود عليه والشيوع طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة ولا أجر على البصري في الرجعة لانه استوفى المقود عليه فسخ العقد بمذر عند القاضي ولا ضمان عليه أيضا لان تسليمه الى القاضي كتسليمه الى صاحبه فالقاضي نائب عنه فيما يرجع عليه لذلك وان تكرار فسطاطا من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا وخرج الى مكة خلفه بمكة ورجع الى الكوفة فمليه الكراء ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه لانه تركه في غير

الموضع الذي رضي صاحبه بتركه فيه وان لم يختصما حتى حج من قابل فرجع بالفسطاط فلا أجر عليه في الرجعة لانه كان استأجره في العام الماضي وقد انتهى العقد بمعنى ذلك الوقت فيكون غاصبا ضامنا في استعماله في العام الثاني وكل من استأجر فسطاطا أو متاعا أو حيوانا اذا فسد ذلك حتى لا ينتفع به أو غصبه غاصب فلا أجر على المستأجر منذ يوم كان ذلك لانعدام تمكنه من استيفاء المقود عليه وعليه أجر ما قبله والقول قول المستأجر اذا اختصما يوم اختصمنا وهو على ما وصفنا من الفساد أو الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء في الحال يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى والبينة بينة المؤاجر لانه ثبت حقه بيمينته ولا تقبل بينة المستأجر على خلاف ذلك لانه ينفي بينته ما يثبت الآخر من الاجر. رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بمشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما يقسم الأجر على أجر مثل كل واحدة منهما وذلك لصاحبها لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يتبا وجب قيمته على قيمتهما فكذلك اذا كان بمقابلة منفعتيهما وقيمة المنفعة أجر المثل فلماذا يقسم على ذلك ولا ينظر الى ما حمل على كل دابة (الأتري) أنه لو ساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

(قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أو مكيل) لان الانتفاع بها لا يكون الا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لان العقد لم ينقدا أصلا لانعدام محله فحل الاجارة منفعة تفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تفصل عن العين وبدون المحل لا ينقذ العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لنواقي مجرد الاذن فكانه أعاره إياه وقد بينا أن العارية في المكيل والموزون قرض واذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما الى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استأجر حنطة مسماة يعبر بها مكيال له يوما الى الليل فهو جائز وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه لا يجوز قبل مارواه الكرخي رحمه الله محمول على ما اذا استأجرها ليعبر بها مكيالا بغير عينها وما ذكر في كتاب محمول على ما اذا استأجرها ليعبر بها مكيال لا بعينه فيكون المقود عليه معلوما

وقيل بل فيه روايتان وجه ما قال الكرخي رحمه الله ان هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الاعيان واذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى وجه ظاهر الرواية ان ماسمى عملا يعمل بالمستأجر مع بقاء عينه فان الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ولو استأجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم وهذا لان المنافع عند اطلاق العقد كونه متضمننا استهلاك العين لو صح وقد انعدم ذلك بتسمية منفعة تستوفي مع بقاء العين وهو مقصود في الناس أو كالأناء يستأجره ليعمل به أو الثوب ليلبسه وان استأجر نصيبا في أرض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد والدابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال هو جائز وهو بالخيار اذا علم النصيب وهو قول محمد رحمه الله وقد ذكر في آخر الشفاعة انه لو باع نصيبه من الدار والمشتري لا يعلم كم نصيبه لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف وقال يجوز فأبو حنيفة استمر على مذهبه في الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة في النصيب المجهول ومسئلة الاجارة له أيضا بناء على اجارة المشاع فانه لا يجوز الاجارة في النصيب الشائع وان كان معلوما فاذا كان مجهولا أولى وأبو يوسف رحمه الله استمر على مذهبه أيضا فانه جواز البيع والاجارة في نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد لان اعلامه ممكن بالرجوع الى قول الموجب ومن أصله أيضا جواز الاجارة في الجزء الشائع ومحمد رحمه الله فرق بين البيع والاجارة وقال في البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن بمقابلة مجهول وفي الاجارة لا يجب الا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤاجر معلوم فانما يجب البديل بمقابلة المعلوم ومن أصله جواز الاجارة في المشاع وان استأجر مائة ذراع مكسرة من هذه الدار أو أجز مائتين من هذه الارض فانه لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز في قولهما وهو بناء على ما ذكرنا في البيوع اذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز لان الذراع اسم لبقعه معلومة تقع عليها الذراع وذلك يتفاوت في الدار فكما لا ينقد البيع صحيحا بهذا اللفظ فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذراع كذكر السهم حتى ينقد به البيع صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء على اختلافهم أيضا في اجارة المشاع ولا يجوز اجارة الشجر والكرم بأجرة معلومة على أن تكون الثمرة للمستأجر لان الثمرة عين لا يجوز استحقاتها

بعقد الاجارة فانه يجوز بيعه بعد الوجود وانما يستحق بعقد الاجارة مما لا يجوز بيعه بعد
 الوجود ولان محل الاجارة المنفعة وهى عرض لا يقوم بنفسه ولا يتصور بقاؤها والثمرة
 تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز أن يملك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان
 المؤجر يلتزم ما لا يقدر على ابقائه فربما تصيب الثمرة آفة وليس في وسع البشر اتخاذها وكذلك
 ألبان النعم وصوفها وسمنها وولدها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا يملك بعقد الاجارة وان
 استأجر أرضا فيها زرع ورطبة أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة فالاجارة فاسدة
 لان استئجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لا يمكن استيفائها مع هذه الموانع فقد
 التزم بالمعقد تسليم ما لا يقدر على تسليمه وان كان مقصود المستأجر ما فيها فهو عين لا يجوز
 استحقاقه بالاجارة ولا يجوز اجارة الآجام والأنهار للسكك ولا لغيره لان المقصود استحقاق
 العين ولان السكك صيد مباح فكل من أخذه فهو أحق به وانما يستحق على المؤجر بالاجارة
 ما كان مستحقا له ولان المؤجر يلتزم ما لا يقدر على ابقائه به فان أجرها للزراعة فهى ليست
 بصالحة لذلك وان أجرها للسكك فربما يحمده المستأجر وليس في وسع الآجر أن يمكنه من
 تحصيل ذلك ولو استأجر بئرًا شرين ليسقى منها أرضه وغنمه لم يجز وكذلك النهر والمين
 لان المقصود هو الماء وهو عين لا يجوز أن يملك بعقد الاجارة ولان الماء أصل الاباحة مالم
 يحرزه الانسان بانه وهو مشترك بين الناس كافة قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في
 الثلاث في الماء والكلاء والنار فالمستأجر فيه والآجر - واء فهذا لا يستوجب عليه أجر بسببه
 وان استأجر نهر ليجرى فيه شرباله الى أرضه روى عن أبى يوسف رحمه الله ان ذلك لا
 يجوز قال أرأيت لو استأجر مسيل ماء على سطح ليسيل ما أسطحه فيه أ كان يجوز ذلك فهذا
 كله فاسد وهكذا ذكره محمد في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه ان استأجر
 موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع وهى منفعة مقصودة
 فلا استئجار لاجله يصح وجه ظاهر الرواية انه مجهول في نفسه فان الضرر يتفاوت بقله الماء
 وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن فربما لا يأخذ الماء جميع الموضع الذى عينه وربما يزداد
 عليه فللهالة قلنا لا يجوز الاستئجار ولو استأجر عبدا بأجر معلوم كل شهر بطعامه لم يجز لان
 طعامه مجهول وهو على رب العبد فاذا شرطه على المستأجر كان فاسدا والمجهول متى ضم الى
 المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استئجار الدابة بأجر مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة

فيها رزق أو علف فهي فاسدة الا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وان أبا حنيفة رحمه الله قال استحسن جواز ذلك وقد بيناه واشترط تطيين الدار ومرمتها أو غلق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر . ففسد للاجارة لانه مجهول فقد شرط الأجر لنفسه على المستأجر وكذلك استئجار الارض بأجر مسمى واشترط كرى نهرها أو ضرب مسنة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقها المستأجر فهذا كله مفسد للاجارة لان أثر هذه الاعمال تبقى بعد انتهاء مدة الاجارة ويسلم ذلك للأجر فيكون في معنى شرط أجرة مجهولة على المستأجر لنفسه وكذلك لو اشترط عليه رب الارض أنه يكون له ما فيها من ذرع اذا انقضت الاجارة وان ردها عليه مكروبة فهذا كله مجهول ضمه الى المعلوم وشرطه لنفسه يفسد العقد به . رجل دفع أرضه الى رجل يفرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول فلا يصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله في المختصر يقول تأويل المسئلة عندي أنه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا للمعلم فلي هذا الطريق يقول اشترى المامل نصف الارض بجميع الغراس وهي مجهولة فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان فاسدا ومذرعة في أرضه بأمره فكان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله بأرضه مستهلكا بالمعقوب فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ماعمل لانه ابتغى من عمله عوضا وهو نصف الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه أجر مثله فان (قيل) كان ينبغي على قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون نصف الارض للمامل لانه اشترى نصف الارض شراء فاسدا ومن اشترى نصف الارض شراء فاسدا غرس فيها أشجارا فانه ينقطع فيها حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله (قلنا) هذا أنه لو غرس الاشجار لنفسه وهنا المامل في الغرس يقوم مقام رب الارض ويعمل له بالاجر فكان رب الارض عمل ذلك بنفسه فلهذا لا يملك المامل شيئا من الارض وإنما اختار هذا التأويل لامكان ايجاب أجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغراس كان عاملا فيها هو شريك فيه فلا يستوجب الأجر فلذلك ألزمه قيمة الغرس حين علق ولو كان مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس حين علق ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة لانها اشجار مشتركة بينهما في أرض أحدهما فانما يملك صاحب الارض نصيب صاحبه عليه

بالقيمة في الحال ثم قال ولا آره بقلع الاشجار لما يدخل به من الفساد عليهما وبظاهر هذا
يملك من يختار الطريقة لأولى أنه يكون مشتريا نصف الفرس لأنه أشار الى أن الاشجار
تكون مشتركة ولكنه لا يقطع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله تأويل هذا
اللفظ فساد القلع على رب الارض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه في الأجر ولو
كان قد أكل الفلة على هذا حسب على الفارس ما أكل من أجره لان الشجرة ملك رب
الارض وانما يملك الفرس ملك الشجر فكله العامل من ذلك يكون محسوبا عليه من
أجره (قال) رضى الله عنه والأصح عندي أن يقال في تقليل هذه المسئلة ان صاحب الارض
استأجره ليكمل أرضه بستانا بالآت نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو
نصف البستان فهو كالمستأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغة نفسه على أن يكون نصف المصبوغ
للصباغ وذلك فاسد لانه في معنى قصر الطحان ونهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا
لان الفرس آلة تصير الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فإذا فسد المقد بقيت الآلة متصلة
بملك صاحب الارض وهى متقوية فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد
الصبغ في ثوبه الا أن الفارس أعيان تقوم بنفسها فلا يدخل أجر العمل في قيمتها فيلزمه مع
قيمة الاشجار أجر مثل عمله لانه أبقي من عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل ولو
دفع الفرس الى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لانه في معنى قفيز الطحان وقد بينا اختلاف
المشايع رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام في سفينة أو على دابة بنصفه غير جائز وهذا لانه
لو جاز صار شريكا بأول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر
فاذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعول فيبقى عمله مسلما الى صاحبه بمقد فاسد فله أجر مثله
لا يجوز به نعم ذلك لتبام رضاه بذلك القدر ولو كان طعاما بين رجلين استأجر أحدهما
صاحبه ليعمله أو يطحنه لم يحجز ذلك عندنا وهو جائز عند الشافعي رحمه الله لان هذا العمل
في نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستنجاره على ذلك كاستنجاره أجنبيا آخر وشركته
في المحل لا تمنع صحة الاستنجار كالمستأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام
المشترك أو دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح الاستنجار فكذا مثله (وحجتنا) الحديث المشهور
في النهي عن قفيز الطحان وقد بينا أن معنى النهي أنه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على أن
تقدم الشركة في المحل يمنع صحة الاجارة وهذا لان المقد يلاقى العمل وهو عامل لنفسه

من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه عاملا لغيره منافاة والاجير من يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لا يصلح أن يكون أجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك (الآثرى) انه لا يضمن عليه حفظ الطعام المشترك في البيت ولو سلم البيت اليه في المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف ما نحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل في المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا يعمل في محل آخر ثم هنا وان أقام العمل فلا أجر له بخلاف مذهب أبي حنيفة رحمه الله في اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب أجر المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المقود عليه على الوجه الذي أوجهه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المقود عليه وجب الاجر وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المقود عليه أصلا من حيث أنه في المحل المشترك عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء لا يجب الاجر في العقد الفاسد وعلى هذا نسج الفزل ورعى النعم التي تكون بينهما فكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل في هذا الخلاف ولو استأجر رجلا على أنه ان انقطع الماء عنها فلا أجر عليه لم يجز لان هذا الشرط يخالف موجب العقد فهو فاسد مفسد للعقد لان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يتناول وقت انقطاع الماء حتى لا يجب الاجر فيه وان لم يفسخ فكأنه جمل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرحا في وقت جريان الماء ولا يدري في كم يكون الماء جاريا وجهالة المنع تمنع صحة الاجارة ولو استأجر كتبا ليقرأ فيها شعرا أو فقها أو غير ذلك لم يجز لان المقود عليه فعل انقارء والنظر في الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فله أيضا فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعله ولان فهم ما في الكتاب ليس في وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن لمعنى في الباطن من حدة الخاطر ونحو ذلك وكأن صاحب الكتاب يوجب له مالا يقدر على ايفائه فليس في عين الكتاب منفعة مقصودة ليجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سعى المدة أو لم يسع ولا أجر له وان قرأ أو كذلك اجارة المصحف والكلام فيه أيين فان قراءة القرآن من المصنف والنظر فيه طاعة وكان هذا كله نظيره ما لو استأجر كرا ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيفاء من غير أن يدخله أو استأجر مليعا لينظر الى وجهه فيستأنس بذلك أو استأجر جبا مملوا من

الماء لينظر فيه اذا سوى عمامته فهذا كله باطل لا أجر عليه بحكم هذه العقود فكذلك فيما سبق ولا يجوز أن يستأجر رجلا يعلم ولده القرآن أو الفقه أو الفرائض عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك فالذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فلا يستأجر عليها باطل وعلى قول الشافعي كل ما لا يمتين على الاجير اقامته فلا يستأجر عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه في كتاب المناسك في الاستئجار على الحج والدليل على أنه لا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن حديث عبد الرحمن بن شبل الانصاري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لمدرس العلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى ولما أقرأ أبي بن كعب رضي الله عنه رجلا سورة من القرآن أعطاه على ذلك قوسا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال صلى الله عليه وسلم رد عليه قوسه ولا ت من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يعمل فانه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم فكذلك من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له فذلك ينمعه من التسليم الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر وبعض أئمة باخ رحمهم الله اختاروا قول أهل المدينة رحمهم الله وقالوا إن المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين في مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط فاما في زماننا فقد انعدم المعنيين جميعا فنقول يجوز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الاوقات (ألا ترى) أن النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه حين منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان مارواه من ذلك صوابا ولو استأجروا من يؤمهم في رمضان أو غيره لم يجز لان المصلي عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استأجروا من يؤذن لهم فالؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدعاء الى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على أداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه قال كان من آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة أضفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا وجاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال اني أحبك فقال عمر رضي الله عنه اني أنفضك في الله قال ولم يأمر المؤمنين قال بلغني أنك تأخذ على الاذان أجرا ولا تجوز الاجارة

علي شيء من الغنا والنوح والمزمار والطبل وشئ من اللهو لانه معصية والاستنجار على
المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز أن يستحق على
المرء فصل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستنجار على الهداء وكذلك الاستنجار لقراءة
الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر في الاجارة عرف الناس ولان ما هو المقصود انما
يحصل بمعنى في المستأجر وهو السماع والتأمل والتفهم فلا يكون ذلك وجبا للأجر عليه وان
أعطى المستأجر شيئا من اللهو يلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله
باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالأذن في الاستعمال باق واذا استأجر الذي من المسلم ببيعة
يصلى فيها لم يجز لانه معصية وكذلك اذا استأجرها ذي من ذمي وكذلك الكنيسة وبيت
النار فانهم يتقدمون في هذه البقاع ما يعتقدونه في المساجد واستنجار المسلم من المسلم مسجدا
يصلى فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز فكذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء على
اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستنجار عليه باطل ثم استنجار المسجد
من المسلم للصلاة فيه كاستنجار مسلم يصلى له وقد بينا ان ذلك باطل لانه استنجار على الطاعة
فهذا مثله وعلى هذا لو استأجر أهل الذمة ذميا ليصلى بهم أو ليضرب لهم الناقوس فهو باطل
لانه معصية واذا استأجر الذي من المسلم يتنا لبيع فيه الخمر لم يجز لانه معصية فلا ينقد العقد
عليه ولا أجر له عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز والشافعي رحمه الله يجوز هذا العقد
لان المقدر رد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أن يبيع فيه شيئا آخر يجوز
العقد لهذا ولكننا نقول نصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه وما صرحا به معصية
وكذلك لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمر فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله لا يجوز ان العقد لان الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستنجار على المعصية لا يجوز والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وذكر في الجملة حاملها والحمولة اليه وأبو
حنيفة رحمه الله يقول يجوز الاستنجار وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لا يتعين عليه حمل الخمر
فلو كافه بأن يحمل عليه مثل ذلك فلا يستوجب الأجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة
وللصب في الخلل ليتخلل فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا أنهما
يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح وإمالة الاذى فاما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية
وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال ابتلينا بمسئلة وهو أن مسلما استأجر على أن ينقل جيفة ميتة

من المشركين من بلد الى بلد فكذلك قال أبو يوسف رحمه الله لا أجر له لانه انما يحمل حمل
الجيفة الى المنبرة لا ماطة الأذى فاما حملها من بلد الى بلد فهو موصية لا يجوز الاستئجار
عليه (وقلت) انا ان كان الاجير عالما بما أمر بحمله فلا أجر له أيضا وان لم يدلم بذلك فله
الأجر لمعنى الفرور واستئجار الذى الدابة من المسلم أو السفينة لينقل عليها خرا على الخلاف
الذى بينا وان استأجر ذى ذميا شي من ذلك فهو جائز وكذلك لو استأجره برعى له خنازير
لان الخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الشاة والبمير فى حتمنا وان استأجره ليدفع له
ميتة أو دما لم يجز لان هذا ليس بمال فى حق أحد فحكمهم فيها حكم المسلمين ولا بأس بان
يؤاجر المسلم دارا من الذى ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو دخل فيها
الخنازير لم يلهى المسلم اثم فى شئ من ذلك لانه لم يؤاجرها لذلك والموصية فى فعل المستأجر
وفعله دون قصد رب الدار فلا اثم على رب الدار فى ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة
به أو باع جارية ممن لا يشتريها أو يأتيها فى غير المأنى لم يلهى البائع اثم فى شئ من هذه الافعال
التي يأتى بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها يمة أو كنيسة أو باع فيها الخمر بعد أن يكون
ذلك فى السواد ويمنعون من احداث ذلك فى الامصار وقد بينا ذلك الكلام فى هذا الفصل
فيما سبق واستدل بحديث ثوبة بن نمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا اخصاء
ولا كنيسة فى الاسلام والحديث مكحول أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه صاحبه بالشام
على أن يحصل عن كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة فى مصر من امصار المسلمين
وان استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلى فيه المكتوبة أو التراويح لم يجز ولا أجر له لا بينا أن
العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل مسلم ديننا تمكين المسلم من موضع يصلى فيه عند الحاجة فلا
يجوز أن يأخذ على ذلك أجرا فلو استأجر رجلا ليقول له رجلا أو يشجبه أو يضربه ظلما
لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل لانه استئجار على الموصية ولو
جاز المقدر لصار اقامة العمل مستحبا عليه وفعل ما هو ظلم لا يكون مستحقا على أحد شرعوا لو
أعطاه سلاحا لذلك فضاغ أو انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو أن قاضيا استأجر
رجلا ليضرب حدا قد لزمه أو ليقبض من رجل أو ليقطع يد رجل أو ليقوم عليه فى مجلس
القضاء شهرا بأجر معلوم فلا جارة جائزة وله الاجر لان المقود عليه منافعه فى المدة حتى
يستوجب الاجر بتسلم النفس وهو معلوم ثم يحكم أنه ملك منافعه ليستعمله فى اقامة الحدود وغير

ذلك وان استأجره لأقامة الحدود أو القصاص خاصة لم يحز ذلك لانه مجهول في نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله لانه استوفى منافعه بمقد فاسد فان (قيل) اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صبح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما ان بين مقدار ما يعطيه فالمقد جائز لان المقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالتقاضي وللقاضي أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال وكذلك من ينوب عن القاضي في شيء من عمله وكذلك قسام القاضي اذا استأجره ليقسم كل شهر بأجر مسمى فهو جائز وفي حديث علي رضي الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتعين اقامة هذا العمل على أحد دينا فيجوز الاستئجار عليه ولو قضى لرجل بالقصاص في قتل فاستأجر رجلا يقتل له لم أجعل له أجرا وفي السير الكبير قال اذا استأجر رجلا يقتل مرتدا أو حريا أسيرا لم يحز عند أصحابنا رحمهم الله ولو استأجره ليقطع طريقا جاز وأما أنا فلا أفرق بينهما وأجوز العقد فيهما و مراده بقوله عند أصحابنا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فالخاصل أن عند محمد يجوز الاستئجار على ذلك كله لانه عمل معلوم بمحله واقامته جائز شرعا فيجوز الاستئجار عليه كذبح الشاة وقطع الطرق وكسر الخطب وما أشبه ذلك ولا بى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (حرفان) أشار الى أحدهما في الكتاب فقال ما قيل ان هذا ليس بعمل يعني ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما أن ادخال الروح ليس من صنع العباد ولا يتصور الاستئجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسيل الدم النجس لتمييز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحقوم والاداج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فانه ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل في المحل مع التجافي ومثله منه ما يحل شرعا ومنه ما يحرم كالثلثة ولا يدري كيف يكون منه ايقاع الفعل والمقصود يتم بضربة أو بضربتين فلا جهالة والتردد بين الحل والحرم لم يحز الاستئجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على المحل لا بصفة التجافي عنه وكسر الخطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافي ولكن الكل فيه سواء في صفة الحل شرعا فلماذا جاز الاستئجار عليه ولو استأجر رجلا يفزو عنه لم يحز ذلك لان الفزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر انقتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين فلا يجوز له أخذ الاجر على اقامة

ما هو فرض عليه قال صلى الله عليه وسلم مثل الذين ينفزون من أمتي وأخذون على ذلك أجرا كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ولو شارط كحالاً أن يكمل عينه شهراً بدرهم جاز ذلك وكذلك الدواء في كل داء لأنه عمل معلوم عند أهل الصناعة والاستنجار عليه متعارف بين الناس وإذا استأجر فخلاً لينزيه لم يجز للأثر الذي جاء به النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التيس ولأن المصود الماء ولا قيمة له وصاحب الفعل يلتزم إيفاء ما لا يتقدر على تسليمه ولا تجوز الإجارة على تعليم الغناء والنوح لأن ذلك معصية وإن سلم غلاماً إلى معلم ليطلمه عملاً وشرط عليه أن يحذقه فهذا فاسد لأن التحذيق مجهول إذ ليس لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تقضى إلى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط في ذلك شهراً مسماً لأنه يلتزم إيفاء ما لا يتقدر عليه فالتحذيق ليس في وسع المعلم بل ذلك باعتبار شيء في خلقه المتعلم ثم فيما سمي من المدة لا يدرى أنه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا والتزام تسليم ما لا يتقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز ولو أجرة أرضه بدرهم وشرط خراجها على المستأجر فهذا فاسد لأن الخراج مجهول لا يعرف من أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده في الأراضي الصلحية فالمال في ذلك يقسم على الجماع والأراضي فنزداد حصة الأراضي إذا قلت الجماع وتنقص بكثرة الجماع فإما في جراح الوظيفة لأجهالة في المقدار وقيل إن مراده من هذا أن ولاية الظلمة ألحقوا بالخراج روادف يزداد ذلك تارة وينتقص أخرى فيكون مجهولاً وقيل معناه أن الخراج بحسب الطاقة وريع الأرض كما أشار إليه عمر رضي الله عنه في قوله لملككم حملتها الأرض ما لا تطيق وكذلك لو أعطاه بغير أجر إلا أن يشترط عليه أن يؤدي خراجها فإن الخراج على صاحب الأرض فإذا شرطه على المزارع يكون ذلك أجرة وجهالة الأجرة تفسد الإجارة وهذا لأن الواجب في كل جريب درهم وقفيز مما يخرج منه وذلك مجهول الجنس في الصفة ولو أجرة عشر على المستأجر فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن العشر عنده على المؤاجر فإذا شرطه على المستأجر كأن أجره وهو مجهول الجنس والقدر وعندهما العشر على المستأجر فلا يصير اشتراط ذلك عليه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما ذكرنا وإذا كان الأجر كذا درهماً وديناراً أو فلساً فهو جائز وله نقد البلد ووزنهم فإن كان وزنهم مختلفاً فهو فاسد حتى بين الوزن بمنزلة الثمن في البيع وقد يئنه وإن جعل الأجر دراهم مسماة عدداً بغير وزن وبغير عينها فهو فاسد ومراده في الدراهم

الموزونة فانها تتفاوت في الوزن فأما ما يمد ولا يوزن كالمطربى فاذا سمي العدد فيه جاز كافي
 الفلوس وان أشار الي دراهم بعينها جازت الاجارة وان لم تكن معلومة القدر كالثمن في البيع
 بخلاف السلم عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا الفرق في البيوع فان قال مائة درهم عددا مما
 يدخل في المائة خمسة كان جائزا لانه قد سمي الوزن بما ذكر معناه فيما يزن خمسة وتسعين
 درهما فيكافئه قال مائة الا خمسة . ولو استأجر رجلا يكتب له مصحفا أو فقها معلوما كان جائزا
 لان الكتابة عمل معلوم وهو يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستئجار عليه متعارف وقيل
 الاستئجار على الكتابة كالاستئجار على الصياغة لان عمله يحدث لون الخبر في البياض أو
 كالاستئجار على النقش وذلك جائز اذا كان معلوما عند أهل الصنعة (قال) الشيخ الامام
 رحمه الله الاصح عندي أن المقصود هنا يحصل بعمل الأجير وهي الكتابة بخلاف التعليم
 فالمقصود هناك لا يحصل الا بمعنى في المتعلم وايجاد ذلك ليس في وسع المعلم بينهما ولو استأجر
 رجلا يعمل عملا فلا أجر له في ذلك بخلاف ما لو استأجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا
 ولو استأجر الوصي نفسه أو عبده يعمل لليتيم لم يجز أما عند محمد رحمه الله فلان الوصي لا
 يفرد بالمقد لليتيم مع نفسه بحال كما في البيع وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز
 ذلك إلا بمنفعة ظاهرة ولا منفعة هنا لان من جهة الوصي مما ليس بمقوم لنفسه ويشترط على
 اليتيم بمقابلته مالا متقوما فهذا لا يجوز ولم يذكر أنه لو استأجر اليتيم أو عبد اليتيم بماله نفسه
 ليعمل له هل يجوز أم لا قالوا وينبغي أن يجوز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما
 فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم فانه يدخل في ملكه مالا بازاء ماله ليس بمال والاب يستأجر نفسه
 أو عبده لعمل بعمله لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر
 له فيجوز عقده مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهر لولده فيه ولو استأجر الوصي من نفسه
 عبدا لليتيم ليعمل لليتيم آخر في حجرة وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع أحدهما أضر
 بالآخر وهو لا يفرد بالتصرف إلا بمنفعة ظاهرة ولا يجوز للصبي أن يؤجر نفسه لانه عقد
 معاوضة كالبيع فلا يملك المحجور عليه وإنما ذلك الى وليه وله الاجر ان عمل استحسانا وفي
 القياس لا أجر له لان المقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فاذا بطل لم يجب الاجر وفي
 الاستحسان يجب الاجر لان هذا المقد منه تمحض منفعة بمد اقامة العمل فانا لو اعتبرنا المقد
 استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة له

كقبول الهبة والصدقة وكذلك العبد المحجور عليه لا يؤجر نفسه فان فعل وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستأجر لانه غاصب له ثم الاجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما أقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان واذا أخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان أخذه الغاصب من يده فاستهلكه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منفعة كاتلاف منافعه وقد بينا هذا في الغصب. واذا استأجر نهر ايا بسا ليجري فيه الماء بارضه أو الى رحاه فاسد لان موضع النهر لا يصلح للسكنى واجراء الماء فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجري من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه وبوله أو مسيل ماء ليسيل فيه ماء مبراه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بثرا ليسقى منها غنمه وان أراد الحيلة في ذلك فالوجه أن يؤجره من حريم النهر والبئر موضعا معلوما ليكون عطا المواشي ويبيع له سقى المواشي من البئر وكذلك اجارة المرعى لا تجوز والحيلة فيه أن يؤجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة فيسكن ويبيع له الانتفاع بالمرعى ولو أجره بكرة وحبل ودلوا يسقى بها غنمه فهو فاسد للجهالة الا أن يسمى وقتا فيجوز لان المقد يرد على منفعة العين في المدة فان استأجر من رجل موضع جزع يضمه على حائطه لم يحز عندنا وجاز عند الشافعي رحمه الله لانه موضع استأجره لمنفعة معلومة ولو استعاره لذلك جاز فكذلك اذا استأجره ولكننا أفسدناه للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبنى وقتله وكذلك لو استأجر حائطا ليني عليه ستره فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة وقد يفضى الى المنازعة وان استأجر طريقا في دار ليمر فيه كل شهر باجر مسمى فهو فاسد وفي قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة الموضع الذي يتطرق فيه وللشيوخ فان عنده استئجار جزء من الدار شالما لا يجوز فكذلك الطريق وعندهما استئجار جزء شائع صحيح فكذلك الطريق وهو معلوم بالعرف على وجه لا يكون فيه منازعة ولو استأجر علو منزل ليني عليه لم يحز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قولهما لان مقدار بناء العلو معلوم بالعرف وسطح السفلى حق صاحب السفلى كالارض ولو استأجر أرضا ليني عليه يتناجز فكذلك اذا استأجر سطح السفلى ليني عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا استئجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد

ثم مقدار ما يبنى مجهول والضرر على حيطان السفلى يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بحسب البناء وثقله ولو استأجر موضع كوة ينقبها في حائط له يدخل عليه منها الضوء لم يحز لان هذا ليس من اجارة الناس ولان المقصود الانتفاع بما ليس من ملك المؤاجر وهو ضوء الشمس فكذلك لو استأجر موضعا ليتد في حائط يملق عليه شيئا فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه أرض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من أصحابنا رحمهم الله استئجار البناء بدون الارض ففي تأمله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحائط يختلف بحسب ما يملقه على الوتد أو يثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن اعلامه وكذلك لو استأجر موضع ميزاب في حائط لان الضرر على الحائط يتفاوت بقلة الماء الذي يسيل في الميزاب وكثرته فاما اذا استأجر ميزابا مدة معلومة لينصبه في حائط يسيل فيه ماؤه فهذا جائز لانه عين منتفع به استأجره لمنفعة معلومة واذا استأجر رجلا ليعمل له عمل اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فله أن يعمل في الغد لان المقصود العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع أوقات الامكان وهذا لان المستأجر انما يلتزم البذل بمقابلة ما هو مقصود له وذلك العمل دون المدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول جمع في العقدتين تسمية العمل والمدة وحكمهما مختلف فوجب تسمية المدة استحقاق منافعه في جميع المدة بالعمد وموجب تسمية العمل أن يكون المقود عليه الوصف الذي يحدثه في الممول لا منافعه ويتمذر الجمع بينهما اعتبارا وليس أحدهما بالاعتبار باولى من الآخر فيفسد العقد بجهالة المقود عليه وقد تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول منافعتك في بقية اليوم حتى باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك واذا لم يفرغ من العمل في اليوم فلا جبر أن يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود الاجير فليس البناء على مقصود أحدهما باولى من البناء على مقصود الآخر ولان الاجير يلتزم مالا يقدر عليه وهو اقامة جميع العمل المسمى في الوقت المسمى وروى محمد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لو استأجره لينحيط له هذا القميص لا يجوز ولو قال في اليوم يجوز لان يحرف في

يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال لتسمية المقدار المعقود عليه من المنفعة وحرف في للظرف والمظروف وقد يشغل جزءا من الظرف لاجمعيه وعلى هذا الخلاف لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام بأجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لو استأجره ينقل له طعاما معلوما من موضع الى موضع من اليوم الى الليل فهو على الخلاف الذي بيناوان استأجر عبدا شهرا بأجر مسمى على انه ان مرض فمليه أن يعمل بقدر الايام التي مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا يدري في أي مقدار من الشهر يمرض ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشهر يخالف مقتضى العقد لان مقتضى العقد انتهاءه بمضى المدة تمكن من استيفاء المعقود عليه أو لم يتمكن وهذا الشرط يخالف ذلك وان استأجر بيتا شهرا بمشرة دراهم على انه ان سكنه يوما ثم خرج عليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضى العقد انه متى خرج بمدر لا يلزمه الأجر ثم مقدار أجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول أنه ثلاثة دراهم أو عشرة دراهم وكذلك ان استأجر دابة بمشرة دراهم الى بغداد على أنه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له أن يرجع فله الأجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الأجر الى الموضع الذي سمي ولان الشرط يخالف مقتضى العقد وان استأجر دابة ليعمل عليها حمل كذا بأجر معلوم الى موضع كذا على انه ان حمل عليها كذا من الحمل فحمل غير ذلك الى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز في قوله الآخر على ما شرطنا وكذلك لو استأجر أرضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما وان زرعها سبعا فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف . وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان أسكنه بزازا فاجر خمسة وان أسكنه قصارا فاجر عشرة وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكن القصار والبزاز وهما عقدان في عقد ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعين في بيع أرايت لو سلم اليه البيت فلم يسكنه أصلا حتى مضت المدة فاذا يوجب عليه خمسة أو عشرة وجه قوله الآخر ان كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب باستيفاء المنفعة وعند ذلك لاجهالة في المعقود عليه ولا في البدل فلما اذا لم يسكنها فقال بمضى مشايخنا رحمهم الله ينبغي على قياس قوله الآخر أن يلزمه نصف

كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر التمكن من الاستيفاء هنا وقد تمكن من استيفاء المنفعتين جميعا وليس أحد البدلين بالاجاب عليه باولى من الآخر فليزمه نصف كل واحد منهما والاصح أنه لا يلزمه الا خمسة لان أصل البذل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البذل بزيادة الضرر اذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البناء فاذا لم يسكنها أحدا فقد انعدم ذلك الضرر (ألا ترى) أنه لو أسكن بزازا لا يلزمه الا خمسة وقد كان متمكنا من أن يسكنه قصارا فاذا لم يسكنه أصلا أولى أن لا يلزمه الا خمسة رجل استأجر دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فلا يجارة فاسدة لانه نقي موجب العقد بالشرط وذلك يضاد العقد وان لم يسكنها فلا أجر عليه وفي هذا اللفظ تنصيص على أن الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا يوجب الاجر ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة كما في النكاح الفاسد وانما يتكافون من الفرق بينهما غير معتمد وان سكنها فعليه بأجر مثلها لا ينقص مما سمي لانه انما رضي بالمسمى بشرط أن لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فليزمه أجر مثلها بالغنا ما بلغت وان جمعت أجر الدار أن يؤذن لهم سنة أو يوما فلا جارة فاسدة وعليه أجر مثل الدار ان سكنها لانه استوفى منافعا بمقد فاسد فانما سمي اذا كان لا يصلح بدلا فهو في الحكم كما لو أجرها ولم يسم الاجر ولا أجر له في الاذان والامامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه حامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله الى غيره . وان تكارى برذونا ليتعرض عليه فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة فالاجارة فاسدة ومعنى المسئلة أن المستأجر من أصحاب الديوان اسمه في ديوان الفرسان وقد يفتقر فرسه فطلب السلطان العرض فاستأجر الفرس على أنه ان لم يوقف على ضيعة فالأجر عشرة وان وقف على ذلك فالأجر خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا يدري الجواز ولا يجوز وعليه أجر مثلها فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه أن يفتقر في ركوبه أو أخذه السلطان لان المقبوض بحكم اجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بفلا على أنه كلما ركب الأمير ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المقبوض عليه وعليه من كل ركبة أجر مثله لان أجر المثل بمقد فاسد بقدر المستوفى من المنفعة وان تكارى دابة الى بغداد على أنه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا أو من فلان شيئا أعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجر والفرر المتمكن بسبب الشرط في أصل الاجر وعليه أجر مثلها فيما يركب وان تكارها الى بغداد على أنها ان بلغت

الى بغداد فله أجر عشرة دراهم والا فلا شيء له فلا جارة فاسدة وعليه أجر مثلها بقدر ما سار عليها
لمعنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره في مسألة الخياطة والله أعلم بالصواب

باب اجارة حفر الآبار والقبور

(قال رحمه الله واذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا في داره ولم يسم له موصعا ولم يصفها فهو فاسد) لجهالة العقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع في الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ويختلف باختلاف البئر في العرض والعمق ولو سمي عشرة أذرع في الأرض ومما يدير هكذا ذراعا بأجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بتسمية الذرعان عند أهل الصنعة والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة أذرع ثم وجد جبلا أشد عملا وأشد مؤنة فأراد ترك ذلك فليس له ترك ذلك ويحجر على الحفر اذا كان يطاق لانه ان التزم العمل مع عمله على أن أطباق الأرض تختلف فليس في إبقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزم بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له في الفسخ وفي الكتاب (قال) اذا كان يطاق وما من موضع الا ويطاق فيه حفرا ولكن مراده من هذا اللفظ اذا كان يطاق حفرا بآلة الحفارين ولا يحتاج الاجير الى اتخاذ آلة أخرى لذلك لانه انما التزم إقامة العمل بآلة الحفارين فاذا كان يحتاج الى اتخاذ آلة أخرى لذلك فهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد فيكون عذرا له في الفسخ وان شرط عليه أن كل ذراع في سهل أو طين بدرهم وكل ذراع في جبل أو ماء بدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين من العمل وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة تفضي الى المنازعة لان وجوب الاجر عند الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم القدر ولو استأجره ليحفر له بئرا عشرة أذرع في جبل مروة فحفر ذراعا ثم استقبل جبلا صامنا فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروة اللين من الحجر الذي يضرب الى الخضرة والصفاء ما يضرب الى الحمرة وقد بينا أنه التزم الحفر بآلة الحفارين فاذا كان بحيث يطاق الحفرة بتلك الآلة فلا عذر له في الترك وان كان لا يطاق فله أن لا يترك الاجارة وله من الاجر بحسب ما حفر وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة اذا ظهر الماء فيه قبل أن يبلغ ما شرط عليه فان كان لا يستطيع الحفر معه فهذا عذر لان في إبقاء العقد يلحقه الضرر لم يلتزمه بالعقد ولو استأجره ليحفر له بئرا في داره فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها فله من

الاجر بحساب ما حفر لانه يقيم العمل في ملك المستأجر فيصير عمله مسلما اليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر حقه في الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد ما يخرج من ضمانه ولو كانت بئر ماء فشرط عليه مع حفرها طيها بالآجر والجص ففعل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت قبل أن يطويها بالآجر فله الأجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل مسلما الى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما أقام من العمل ولو استأجره ليحفرها في الجبابة في غير ملكه ولا في فئانه فحفرها فانهارت فلا أجر له حتى يسلمها الى صاحبها بمنزلة العامل من الخياط والقصار في بيت نفسه وهذا لان عمله ما اتصل بملك المستأجر ليصير المستأجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل في ضمانه من أن يثبت يده عليه وذلك لا يكون إلا بالتسليم اليه وفي هذا اللفظ دليل على ان الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له (الآري) انه قال في غير ملكه ولا في فئانه والفناء في يده لكونه أحق بالانتفاع به فاذا كان الحفر فيه يصير العمل مسلما اليه بمنزلة الحفر في ملكه . وكذلك لو استأجره ليحفر له قبرا ثم دفن فيه انسان قبل أن يأتي المستأجر بجنازته لم يكن على المستأجر أجر لانه حفر القبر في غير ملك المستأجر فإلم يسلم اليه لا يتقرر حقه في الاجر وان جاء المستأجر خلال الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك أو دفنوا فيه انسانا آخر فله الاجر كاملا لانه قد سلم المقود عليه الى صاحبه وان دفن فيه المستأجر ميتة ثم قال للاجير أحت التراب عليه فإلى الاجير في القياس لا يلزمه ذلك لانه التزم عمل الحفر وحتى التراب كدس وليس يحفر وهو ضد ما التزمه بعقد الاجارة ولكني انظر الى ما يضمن أهل ملك البلاد فان كان الاجير هو الذي يحثى التراب خيرته في ذلك وذلك يعمل بالكوفة وان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك البلدة لم أجبره عليه وهذا لان بمطلق العقد يستحق ما هو المتعارف والمعروف في كل موضع يجعل كالمشروط . وان أراد أهل الميت أن يكون الاجير هو الذي يضع الميت في لحده وهو ينصب اللبن عليه لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان أقرباء الميت وأصدقاءهم الذين يضعونه في لحده وترك ذلك الى الاجير يعد من الاستخفاف به فان وصف له موضع يحفر فيه فوافق فيه جبلا هو أشد من وجه الارض فحفره لم يزد على أجره لانه قد التزم عمل الحفر مع عمله باختلاف أطباق الارض في الصلابة والرخاوة وان استأجره بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له في أى المقابر يحفر فالعقد فاسد في القياس للجهالة التي تفضي الى المنازعة ولكن أستحسن اذا حفر في الناحية

التي يدفن فيها أهل ذلك الموضع أجعل له الاجر وهذا بناء على عادة أهل الكوفة فان لكل
درب فيهم مقبرة على حدة لاهلها فأما في ديارنا فلو انتقل من محلة الى محلة فلا بد من
تسمية المقبرة بناء على عرف ديارنا وان سمي له موصفا معلوما خفر في موضع آخر فلا أجر له
الا أن يدفنوا في حفرة فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان أمروه بخفر القبر ولم
يسموا موصفا خفر في غير مقبرة أهل تلك البلدة أو تلك الناحية فلا أجر له الا أن يدفنوا
في حفرة حينئذ يستوجب الاجر لوجود الرضاء منهم بعمله حين دفنوا المية فيه وان أرادوا
منه تعطين القبر أو تجصيبه فليس ذلك عليه لانه التزم عمل الخفر والتجصيب ليس من ذلك
في شيء وفي العادة الذي يطين القبر غير الذي يخفره وان استأجروه ليخفر لهم القبر ولم يسموا
له طوله ولا عرضه ولا عمقه في الارض فهو فاسد في القياس لان القبور تختلف في الطول
والعرض والعمق والعمل بحسبه يتفاوت ولكنني أستحسن فاجبره فاقدره بوسط ما يعمل
الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالشرط بالنص وبمطلق العقد يستحق الوسط في
المواضعات فانه فوق الوكس ودون الشطط وخير الامور أوسطها وان وصفوا له موصفا فوجد
وجه الارض لينا فلما خفر ذراعا وجد جبلا أجبره على أن يخفر ان كان ذلك مما يخفر الناس
لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة أهل تلك الناحية فان
كان بالكوفة فعظم عملهم على اللحد وان كان في بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان
بمطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استأجره ليكرى له نهر أو
قناة فأراه مفتحا ومصبها وعرضها وسمى له كم يمكن في الارض فهو جائز وان اشترط طيبها
بالآجر والخص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشتري للآجر والخص فهذا بيع شرط في
الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الآجر والخص من عند المستأجر ولم يسم عددا لآجر
فهو في القياس فاسد لجهالة ما شرط عليه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الآجر وفي
الاستحسان هو جائز على ما يعمل الناس لان عدد ما يحتاج الناس اليه لذلك العمل من
الآجر معلوم عند أهل الصنعة فيكون كالشرط وان سمي عدد الآجر وكيل الخص
وعرض الطي وطوله في السماء فهو أوثق لانه عن المنازعة أبعد وان استأجر قوما يخفرون
له سردابا لم يجز حتى يسمى طوله وعرضه وقمره في الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا
بذلك وبمسد الاعلام اذا عمل بعضهم أكثر من غيره فالآجر بينهم على عدد الرؤوس لان

استحقاق الاجر يقبل العمل وقد استتوا في ذلك ولانه اشتركوا مع عملهم أنه لا بد من تفاوت في عملهم فكان ذلك رضاء منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت وان لم يعمل واحد منهم لمرض أو عذر فان كان بينهم شركة في الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم وان لم يكن بينهم شركة فلا أجر له لان استحقاق الاجر بالعمل لا يستحقه من لم يعمل سواء ترك العمل بعذر أو بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم في حصته تطوعا لان كل واحد منهم يستحق الأجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سعى له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة . رجل تشاركى رجلا يحفر له بئرا عشرة أذرع طولا في عرض معلوم بعشرة دراهم وزعم الحفار أنه شرط أن يحفرها خمسة أذرع طولا ولم يعمل شيئا بعد فانهما يتجالان لاختلافهما في مقدار المقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وان كان قد حفر خمسة أذرع فالقول قول المستأجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ما قل لان الاجير يدعى عليه الزيادة وهو منكرو ويحلف الاجير على دعوى المستأجر لانه يدعى عليه حفر خمسة أذرع أخرى مما التزمه بالعقد وهو منكرو فيحلف على ذلك ويتشاركان فيما بقي ولو قال احفر لي في هذا المكان فحفر فانه الى جبل لا يطاق أي لا يطاق بألة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعقد والله أعلم بالصواب

- باب اجارة البناء -

(قال رحمه واذا استأجر الرجل رجلا يبنى له حائطا بالجص والآجر وأعلمه طوله وعرضه وعمقه وارتفاعه في السماء فهو جائز) لانه عمل معلوم يستأجر عليه عرفا ويقدر الاجير على ايفائه وان سمي كذا ألف آجرة من هذا الآجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المقود عليه لان المقود عليه العمل دون الآجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض وفي أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكل ما يرتفع من وجه الارض كان العمل أشق ولكنه استحسن (فقال) هذه الجهالة لا تقضي الى المنازعة وبنیان مقدار الآجر والجص يصير الطول والعرض في الحائط الذي يبنى عليه معلوم عند أهل الصنعة فلو سمي مع ذلك الطول والعرض كان أجود لانه عن الجهالة أبعد وان سمي كذا كذا آجرا ولبننا ولم يسم اللبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس لجهالة ولكنه

استحسن فقال ان كان ما بين ذلك البلد الآجر والابن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالشروط بالنص وان كان مختلف فيثبت يفسد العقد اذا لم يبين فهو قياس النقد في ذلك واذا استأجر بناء ليبنى له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على مثل ما يبنى بالكوفة كل ألف آرة وأربعة اكرار حص بكذا فهو في القياس فاسد لان الاساس والسفل أهون من العلو والطاقات أشد من الحائط المستطيل فكان المقود عليه مجهولا وربما نفى هذه الجملة الى المنازعة فالبناء عند العقد لا يعرف مراد صاحب البناء ولكنه استحسن (فقال) صفة البناء معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبنى داره على عادة أهل بلده وأهل محله وان كان يتكلف التفاوت فهو يسير لا تجزئ المنازعة باعتبار المادة (قال) واجمل الزنايل والدلاء وآنية الماء على رب الدار للعرف ولان البناء التزم بالمقد العمل وهذه الاشياء ليس من العمل في شيء فيكون على رب الدار كالأجر والجص ولا طعام على رب الدار في هذه الاجارة لانه بالعمد التزم الأجر والطعام وراء الأجر ولانه غير معتاد في تقبل العمل وانما هو معتاد في استئجار العامل يوما بيوم وان اشترط رب الدار الزنايل وآنية الماء على المستقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استأجره للعمل باداة نفسه وذلك جائز كاستئجار الخياط ليخيط بآرة نفسه وأما الماء فهو على رب الدار بمنزلة الآجر والجص ولكن على المستقبل أن يسقيه ان كانت في الدار بئر أو كانت البئر قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المرء على المستقبل ولا فرق بين المرء والزنايل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيها والى ذلك أشار بقوله لا زعم الناس بالكوفة على ذلك وان تكارى رجلا يعمل له يوما الى الليل فهو جائز فيعمل له من حين يصلى الغداة الى غروب الشمس لانه تكراه يوما وأول اليوم من طلوع الفجر الثاني الا ان ما قبل الفراغ من الصلاة صار مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل أن يأخذ في العمل وآخر اليوم غروب الشمس بدليل امتداد الصوم اليه (قال) والعمال بالكوفة يعملون الى العصر وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم ولا يكون له أن يترك العمل قبل غروب الشمس الا عن شرط ولو اشترط رب الدار على وضع الجدوع والموادى وكندس السطوح وتطينها وسمى ذلك فهو جائز لانه معلوم عند أهل الصنعة وان استأجره ليبنى له بالابن فملى البناء بل الطين ونقله الى الحائط الا أن يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالمقد فان كان أراه المكان فلا خيار له

لا التزامه ذلك القدر من الضرر وان استأجره لينبى له حائطا بالرهص وشرط عليه الطول
والعرض والارتفاع فهو جائز لان العمل بما سمي يصير معلوما عند أهل الصنعة على وجه
لا يتفاوت والله أعلم بالصواب

باب اجارة الرقيق في الخدمة وغيرها

(قال رحمه الله واذا استأجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز) لانه عقد
متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه
فيجوز الاستئجار عليه وله أن يستخدمه من السحر الا أن تنام الناس بعد العشاء الاخيرة
لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتداء الاستخدام من وقت السحر متعارف
فن يتكرر محتاج الى أن يسرج الخادم ويهيا أمر طهوره ويرفع فراش نومه وييسط ثوب
تعبه وكذلك الى ما بعد العشاء الاخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا في زمن طول الليالي
ثم محتاج الى خادم ييسط فراش نومه ويطوى ثيابه ويطفىء السراج فلهذا كان له أن يستخدمه
الى هذا الوقت وانما يستخدمه كما يفعل الناس فما يكون اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون
ذلك من المالك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك في وسط الليل الاستخدام غير
متعارف ولا يكون له أن يكلفه ذلك ويكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو
بها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه
لا يأمن من الفتنة على نفسه أو عليها اذا خلا بها ولكن هذا النهى لمعنى في غير المقعد فلا يمنع صحة
الاجارة ووجوب الأجر اذا عمل كالنهي عن البيع وقت النداء واذا استأجر العبد كل شهر
بكذا ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهر وفي قوله الآخر يوما بيوم
وقد بينا نظيره وان دفع عبده الى رجل يقوم عليه أشهر مسماة في تعليم النسخ على أن يعطيه
المولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لانه استأجره ليتعلم عنده وتعليم الاعمال معلوم عند أهل
الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى أن
يعطيه ذلك ويقوم على غلامه في تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله في حوائجه
واستأجره مدة معلومة بما سمي من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند
الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

فان شرط عليه أن يحذره في ذلك فهو غير جائز لان التحديق ليس في وسع الملم فالماذقة لمعنى في المتعلم دون المعلم وان أراد أن يدفع عبده الى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد أن يستوثق من الاستاذ فانه يواجر الشهر الاول بجميع الاجرة الا درهما وباقي السنة بنفسه حتى اذا أراد الاستاذ فسخ العقد بعد مضي الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الاستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر (قال) وان أراد الاستاذ أن يستوثق جمل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الأخير ببتية الأجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما في مدة معلومة ببذل معلوم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يخالف الاجرين فيجعل أحدهما دنائير والاخر دراهم فهذا أقرب الى التوثق وانما قصدنا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لانصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الاجر واذا دفع غلامه الى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه أجرا أو دفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لي الاجر وقال رب العبد لي الأجر فاني أنظر الى ما تصنع أهل تلك البلاد في ذلك العمل فان كان المولى هو الذي يعطى الاجر جعلت عليه أجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذي يعطى الاجر جعلت على الاستاذ أجر مثله للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حملة على المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه (قال) رضى الله عنه كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العمل الذي يشترط للاستاذ فيه الاجر في ديارنا عمل المغازل فانه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذي ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الاعمال الذي يفسد المتعلم بعض ما هو متقوم حتى يتعلم فاذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ ولو لم يكن الاجر مسمى عند العقد فيصار الى أجر المثل فاذا استأجر الرجل غلاما في عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول أدناه وكل شهر يستعمله فيه بعد ذلك فله الاجر فاذا دخل من الشهر الثاني يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الاجارة في ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرج الامن عذر واذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الاجارة لتعذر استيفاء المقود عليه فان لم يفسخها حتى رجع العبد فالاجارة لازمة له فيما بقي من المدة ازوال العذر وقد بينا أن الاجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد في بعض المدة لفوات المقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقي من المدة. واذا استأجر

عبدًا شهرين شهرًا بخمسة وشهرًا بستة فهو جائز لأن كل واحد من العتدين يتناول مدة معلومة ببذل معلوم ثم الشهر الأول يجب فيه من البذل ما ذكر أولًا لأن كان ذكر الخمسة أولًا ففي الشهر الأول يجب خمسة لأنه لو اقتصر على المذكور أولًا يتعين له الشهر الأول فلا بد من أن يعرف المذكور آخرًا إلى الشهر الثاني وإن استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرًا بخمسة فاشهران الأولان بدرهم لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وإنما بدأ بنفسيره بالشهرين الأولين بدرهم وإن استأجر للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم لأن السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطابق العقد فإن (قيل) هو في ملك منافع ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر بأجيريه للخدمة (قلنا) إنما يسافر المولى في منافعه بعبده لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره وإنما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك (ألا ترى) أنه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره وإن سافر به فهو ضامن لمولاه لأنه صار غاصبا له بالأخراج والاستخدام لأعلى الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان ولأن المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعبد أخراجه من الكوفة وإن استأجره بالكوفة ليستخدمة كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافر به لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ولأنه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم لمولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك إلا عن شرط فإن سافر به بغير إذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فإن ضربه بغير إذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر فقد بيناه في الدابة أن استأجرها أنه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يومر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج إلى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فإنها لا تفهم الأمر والنهي ولا تفاوت في السير إلا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا وإن دفع الأجر عند غرة الشهر الأول إلى العبد فإن كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الأجر لأن حقوق العقد في الإجارة تتعلق بالماقد والعبد ليس بماقد ولا مالك للأجر فالدفع إليه كالدفع

الى أجنبي آخر وان كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو برئ من الاجر لانه هو الماقد واليه قبض البذل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت وبأمره أن يفسل ثوبه ون يخط. ويخبز ويعجن اذا كان يحسن ذلك وبعلق على دابته وينزل بمقتاعه من ظهر بيت أو يرقى به اليه ويحلب شاته ويستقي له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة وما يكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط. تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج مدفوع وليس له أن يقده خياطاً ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقاً في ذلك لانه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شيء وليس على المستأجر إطعامه الا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفاً ظاهراً فله أن يأمره بخدمة أضيافه لان ذلك من خدمته فالإنسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيافه من جملة حوائجه وله أن يؤجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد عاقل لا ينقاد اذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لا فرق بين أن يستخدمه المستأجر الاول والثاني. وان تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه وانما يستأجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المرأة ان كانت هي المستأجرة فتزوجت فقالت اخدميني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو أظهر بخدمته الزوج عليها فانما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها وان استأجرت امرأة رجلاً لخدمتها فهو جائز وأكره أن يخلو بها احراً كان أو عبداً لما فيه من خوف الفتنة واذا استأجر الرجل امرأته لخدمته كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت مستحقة عليها ديناً ومطلوب منها بالنكاح عرفاً على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنهما جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولان الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك أجراً آخر وان سمى وان استأجرها لنرضع ولداً له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملاً سوى خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها وان استأجرت المرأة زوجها لخدمتها فهو جائز لان خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ الاجارة كالحره اذا أجزت نفسها للظويرة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر عليها وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها أو يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استأجر الرجل ابنه

ليخدمه في بيته لم يجز ولا أجر عليه لان خدمة الاب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويمد من العقوق أن يأخذ الولد الاجر على خدمة أبيه والعقوق حرام وكذلك ان استأجرته الام لان خدمتها أوجب عليه فانها أحوج الى ذلك وأشفق عليه وان كان أحدهما استأجره ليرعيه غما أو يعمل غير الخدمة جاز فان ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب في العرف وان استأجر الابن أباه أو أمه أو جده أو جدته لخدمته لم يجز لانه منهي عن استخدام هؤلاء لما فيه من الاذلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بقصد الاجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو لاستخدام والده ولا الوالدة تخدمه ولكن ان عمل شيئا من ذلك فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان معنى الاذلال فيه أكبر ولا نألم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غنى عن خدمته أو محتاج اليها فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو في ذلك كالجنبي آخر ولا نخدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وان كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته وان كان الاب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه لخدمته بطل ذلك ولم يجز لان الابن ممنوع من اذلال أبيه وان كان عبدا ولهذا يعتق عليه اذا ملكه وفي استخداميه اذلاله ولا يباحقه الذل في أن يخدم ابنه وليس للمرا أن يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والاب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجز لان خدمة الاب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين (ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة اذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وسائر الاقارب كما يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطعة الرحم بينهم فافان استأجر الذمي أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذل وائس للؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا الذي لمعنى وراء ما به يتم العقد وان استأجر المسلم ذميا أو مستأما لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغي أن يستخدمه في أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدى الامانة

فيه قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى الافساد من دينكم والله أعلم بالصواب

باب الاستئجار على ضرب اللبن وغيره

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا فى داره فان كان اللبن معلوما فهو جائز) لان العمل يتفاوت بحسب اللبن فاذا كان مجهولا فهذه الجملة تقضى الى المنازعة وبعد ما كان معلوما فلان المنازعة بينهما فان أسد لبنه المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجر عليه لانه لا يصير العمل مسلما الى المستأجر مالم يصير لبنا فما دام على الارض فهو طين لم يصير لبنا بعد (ألا ترى) أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الارض فان أقامه فهو بريء منه اللبان فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لاحق يحجب فاذا جف وأشرح فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبارا فيه العرف واللبان هو الذى يتكافئ لذلك فى العادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كخراج الخبز من التنور وغرف القدور فى القصاص يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار فى الوليمة وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال المستحق عليه يصير الطين لبنا وقد فعل فانه لما أقام من وجه الارض عرفنا أنه صار لبنا وخرج من أن يكون طينا فالطين ينتشر على وجه الارض ولان الاقامة لتسوية أطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفاف ليس من عمل اللبان والتشريح كذلك فانه جمع اللبن وليس بعمل ليخدمه فى العين فهو كالنقل الى موضع البناء وذلك لا يستحق على اللبان توضيحه أن المستأجر قد ينقل اللبن الى موضع العمل قبل أن يشرحه فلم يكن التشريح من المقاصد لاحالة بخلاف الاقامة فانه لا ينقله الى موضع العمل قبل الاقامة فصار ذلك مستحقا له على اللبان لما عرف من مقصود المستأجر وهذا كله اذا كان يقيم العمل فى ملك المستأجر فاما فى غير ملكه مالم يشرحه ويسلمه الى المستأجر لا يخرج من ضمانه حتى اذا فسد قبل أن يسلمه اليه لم يكن له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره فى الخياط والفرق بينهما اذا كان يعمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر . ولو تكرار خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرج من التنور وهذا على مذهبهما ظاهر وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبينما سبق فيقول لا بد من اخراج الخبز من التنور فالمستأجر لا يفعل ذلك

بنفسه عادة ولا يستأجر لاجله غيره بخلاف التشريح بعد اقامة العمل فليس ذلك بمطلوب
 لاحالة لجواز أن ينقله الى موضع العمل قبل التشريح * توضيحه أن الخبز لو ترك في التنور
 يفسد وما يرجع الى الاصلاح صار مستحقا على الخباز وذلك في الاخراج من التنور ووزانة
 الاقامة في اللبن فأما اللبن بعد الاقامة لو ترك ولم يفسد فلا يستحق التشريح على اللبن الا
 بالشرط وان استأجره يضرب له لبنا بلبن معلوم ويطبخ له اجرا على أن الحطب من عند رب
 اللبن فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم من عند العامل بالآلات المستأجر وان أفسد اللبن
 بعد ما أدخله الاتون وتكسر لم يكن له الاجر لانه لم يفرغ منه بعد فانه ما لم يخرج منه من
 الاتون لم يتم عمله في طبخ الآجر فما لم يفرغ من العمل لا يصير مسلما الى صاحبه ولو طبخه
 حتى يصح ثم كف النار عنه فاختلف هو وصاحبه في الاخراج فاخرجه على الأجير بمنزلة
 اخراج الخبز من التنور لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر قبيل أن يخرج منه فلا أجر له
 لان العمل لا يخرج منه من ضمانه ما لم يفرغ منه وان أخرجه من الاتون والارض في ملك رب
 اللبن وجب له الأجر ويبرأ من ضمانه لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستأجر
 بكامله وان كان الاتون في ملك اللبان فلا أجر له حتى يدفعه الى صاحبه لانه ما اتصل عمله
 بملك المستأجر فلا بد من التسليم اليه حقيقة ليخرج من ضمانه واذا شق رجل راوية رجل
 فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها لم يستوعبها صاحبها لان المانع لا يستمسك
 الابوعاء فشق الرواية بمنزلة صب ما فيها (الآثرى) أن قطع جبل القنديل بمنزلة مباشرة اللقاء
 والكسر في إيجاب الضمان ولو صب ما فيها كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه
 تسبب هو فيه متعديا بمنزلة حفر البئر واللقاء الحجر في الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله
 رجل فشقه آخر فان حملة صاحبه وهو ينظر اليه فهذا رضاء بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به
 لا يترك استئنافه الا راضيا بصنعه والرضاء بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد
 ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك وهو ساكت والصغير والكبير في هذا سواء
 لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤخذ به من الافعال كالبالغ واذا شق
 رواية رجل فلم يسلم ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقه وانخرق أيضا فهو ضامن لهما جميعا
 لانه بمنزلة المباشر يصب ما في الرواية حين شقها وصب ما في احدى الراويتين يكون ايقاما
 للأخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمسك وهو تسبب منه لالقاء الأخرى وهو متعدي

في هذا السبب فيكون ضامنا إلا أن يكون صاحبه قدمضى وساق بغيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما يحدث بعد ذلك كالأمره في الابتداء حين فعل (قال) رأيت لوشق فيه ثوبا صغيرا فقال صاحبها بشما صنعت ثم مضى وساتها فزلق رجل بما سال منه أكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا شيء عليه من ذلك لوجود الرضاء من صاحبها حين ساق بغيره ولان فعل الاول قد انتسخ بما أخذ به الثاني من سوق البعير ونحوه وهذه المسئلة ليست من مسئلة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله عند فراغه من هذا الكتاب ذكر هذه المسئلة قياسا في هذا الموضع كيلا يفوت وقد جعل مثله في كتاب البحر حين ذكر بابا من الاجارات في آخر التجزى وقد بينا شرح ذلك ثم ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله زيادة مثله هنا (قال) اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا الى الليل فهذا باطل الا أن يسمى له قفيزا ولكن يقول على أن يطحن لي يوما الى الليل فينثني مجوز وأضاف هذا الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا قبل هذا في الكتاب أنه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وقد جمع هنا بين المدة والعمل ثم أجاب بفساد العقد عندهما فاستدلوا بهذا على رجوعهما الى قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ما هو المقصود من العمل بكما له ففرقنا أن ذكر المدة للاستعجال لا لتعليق العقد به فيبقى العقد على العمل سواء فرغ من العمل في تلك المدة أو لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده في العمل وانما استأجره مدة معلومة وشرط عليه في كل يوم من أيامه عملا لا يدري أيقدر على الوفاء به أو لا يقدر فلا بد من اعتبار المدة لتعليق العقد بها والعمل مقصود لا بد من اعتباره أيضا وعند اعتبارهما يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا لان باعتبار المدة المستحق هو الوصف الذي يجذب به في الممول وجهالة المستحق بالعقد مفسد للعقد والله أعلم بالصواب

✽ كتاب أدب القاضي ✽

(قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وغر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان القضاء بالحق من أقوى القرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات لاجله أثبت الله تعالى لا دم عليه السلام اسم للخلافة فقال

جل جلاله انى جاعل فى الارض خليفة وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل يا داود
 انا جعلناك خليفة فى الارض وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم الصلاة والسلام
 قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان
 احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وهذا لان فى القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل
 قامت السموات والارض ورفع الظلم وهو ما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من
 الظالم وانصال الحق الى المستحق وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر ولا جله بعث الانبياء
 والرسل صلوات الله عليهم وبه اشتغل الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع
 ما قلنا الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن أبى بكر الهذلى عن أبى المليح
 عن أسامة الهذلى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضى الله
 عنه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة وما كتب عمر الى أبى موسى رضى الله
 عنهما عند الناس يسمونه كتاب سياسة القضاء وتدير الحكم وقوله أما بعد أى بعد الثناء على
 الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وهذه الكلمة علامة بها يعرف تحول الكاتب
 الى بيان قصوده من الكتاب وعد من فصل الخطاب قيل فى تأويل قوله تعالى وآتيناه
 الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة وفصل الخطاب أما بعد وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل
 الخطاب البيعة على المدعى واليمين على من أنكر وقوله فان القضاء فريضة محكمة أى مقطوع
 بها ليس فيها احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل فتفسير الحكم هذا بيانه فى قوله تعالى
 آيات محكمات هن أم الكتاب ومنه يقال بناء محكم والفرض هو التقدير والقطع قال الله
 تعالى سورة أنزلناه وفرضناها وقوله سنة متبعة أى طريقة مسلوكة فى الدين يجب اتباعها على
 كل حال فالسنة فى اللغة الطريقة وما يكون متبعا منها فأخذها هدى وتركها ضلالة (قال)
 فأفهم اذا أدلى اليك الخصمان والادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمناه عليك
 ببذل المجهول فى اصابة الحق اذا أدلى اليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين
 وأفهم مراده وبهذا يؤمر كل قاضى لانه لا يتمكن من تمييز الحق من المظلل الا بذلك وربما جرى
 على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضى ذلك أنفذه واذا
 لم يفهم ضاع وإليه أشار فى قوله فانه لا ينفع تسكلم بحق ولا نفاذه وقيل المراد استمع الى كلام
 الشهود وأفهم مرادهم فأنهم يتسكلون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضى

ليه ثم قال أس بين الناس معناه سويين الخصمين فالتأسي في اللغة التسوية قال قائلهم

فلولا كثرة الباكين حولي على اخوانهم لقتلت نفسي

وما يكون مثل أخي ولكن أعز النفس عنهم بالتأسي

وفيه دليل أن علي القاضي أن يسوي بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم أو اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوي بينهم فيما أشار اليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك يعني في النظر الى الخصمين والاقبال عليهما في جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم أحدهما على الآخر وفي عدله بينهما وبالعدل أمر وحكي أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم اني مترك العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه ولكنني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما أمكنتني ثم سمعت الخصومة قبل ان أسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري ليعلم أن هذا من أهم ما ينبغي للتاضي أن ينصرف اليه في العناية لما أشار اليه في الحديث فقال لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فاذا قدم الشريف طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس ويصير به متهما بالميل أيضا وهو مأمور بالتحوز عن ذلك بأقصى ما يمكنه (قال) البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الحكم علي ما قال صلوات الله وسلامه أوتيت جوامع الحكم واختصر لي اختصارا وقد أملينا فوائد هذين الحديثين في شرح كتاب الدعوى (قال) والصالح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وهذا أيضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل جواز الصلح وإشارة الى أن القاضي مأمور بدعاء الخصمين الى الصلح قد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل والصلح خير وذلك دليل النهاية في الخيرية ويستدل الشافعي رحمه الله بظاهر الاستثناء في ابطال الصلح مع الانكار (قال) هو صلح حرم حلالا وأحل حراما لان المدعي اذا كان مبطلا فأخذ المال كان حرام عليه والصلح يحل له ذلك

وان كان محققا فالصالح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك الى تمام حقه كان أخذه
 حلالا قبل الصالح حرم عليه ذلك بالصالح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصالح أحل له
 ذلك بالصالح ولكننا نقول ليس المراد هذا ولكن المراد تحايل محرم العين أو تحريم ما هو
 جلال العين بان وقع الصالح على خمر أو خنزير أو في الخوصوة بين الزوجات صالح إحدى
 المرأتين على أن لا يطاق الأخرى أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه فهذا هو الصالح
 الذي حرم حلالا أو أحل حراما وهذا باطل عندنا (قال) ولا يمنعك قضاء قضية بالامس
 راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير
 من التماذي في الباطل وفيه دليل أنه اذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه
 النص أو الاجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغي أن يمنع الاستحياء من الناس من ذلك فان
 مراقبة الله تعالى في ذلك خير له والى ذلك أشار عمر رضى الله عنه حين ابتلى بالحديث في
 الصلاة الحديث الى أن قال كدت ان أمضي في صلاتي استحياء منكم ثم قلت لأن أراقب الله
 تعالى خير من أن أراقبكم فمن ابتلى بشئ من ذلك فليراقب الله تعالى وهذا ليس في القاضي
 خاصة بل هو في كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين الواعظ والمفتي والقاضي في ذلك
 سواء اذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل إن زل العالم
 زل بزلة العالم ولكن هذا في حق القاضي أوجب لان القضاء ملزم وقوله الحق قديم يعنى
 هو الاصل المطلوب ولانه لا تنكتم زلة من زل بل يظهر لاحالة فاذا كان هو الذى يظهره
 على نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل ثم
 (قال) اللهم مما يتلجج في صدرك وقد بينا تفسير هذه اللفظ وفي تكراره مرة بعد مرة بيان انه
 ينبغي للقاضي أن يصرف العناية الى ذلك خصوصا اذا تمكن الاستيفاء في قلبه فانه عند ذلك
 مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا فيما لانص فيه من الحوادث واليه أشار في قوله ما لم
 يبلغك في القرآن والحديث وفيه بيان أنه لا ينبغي للمرأة أن تقلد القضاء مختارا الا اذا كان مجتهدا
 وأقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة
 بطرقها وتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس ومع هذا قد
 ابتلى بمحادثة لا يجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة فعند
 ذلك لا يجد بدا من التأمل وطريق تأمله ما أشار اليه في الحديث فقال اعرف الامثال والاشتباه

وقس الامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس حجة فان الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بخلاف ما يقوله أصحاب الظواهر ثم (قال) وأعمد الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق فيما نرى وهذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة الى أقرب الاشياء معنى ولكن انما يعتبر السنة في المعنى الذي هو صالح لإثبات ذلك الحكم به ثم (قال) أجعل للمدعى أمدا ينتهي اليه فان أحضر بينة أخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه فان ذلك أجلي للمعى وأبلغ في المذر وفيه دليل على أن القاضي عليه أن يهمل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعى بينتي حاضرة أمهله ليأتى بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الاول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لو ضو حه فيحتاج الى مدة ليأتى بهم وبعد ما أقام اليه اذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتى بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن أثبت حقه وخير الامور أوسطها وقوله فان أحضر بينته أخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه ان كان مراده دعوى الدفع فهو أوضح لانه اذا عجز عن اثبات مادعي من الدفع وجه القاضي اليه القضاء بينة المدعي ومالم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا ظهر عجزه عن الدفع بالظن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعي فعنى قوله وجهت القضاء عليه أزمته الكف عن أذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فان ذلك أجلي للمعى لازالة الاشتباه وأبلغ في المذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه لانه اذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يعمل انصرف شاكيا منه يقول مال الى خصمى ولم يستمع حجتي ولم يمكنى من اثبات الدفع عنده ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو دليل لابي حنيفة رحمه الله على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه اذا لم يظن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان دينه يمنعه من الاقدام على ما تمتد الحرمة فيه فيدل على انه صادق في شهادته فالكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم في خطبته عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم قرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الاجلودا حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة في ارتكاب الكبائر ويظهر ذلك عليه

تعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره عنه وقيل المراد المحدود في القذف وقد ذكره في بعض الروايات المجردة حدا في قذف فهو دليل لنا على أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته وإن تاب وإن العدالة المتغيرة لاداء الشهادة تنعدم بأقامة حد القذف عليه كما أشار الله تعالى إليه في قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ثم قال أو محرما عليه شهادة زور فإنه إذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية في هذه الأمانة ومن ظهرت جنيته في شيء لا يؤتمن على ذلك ولأنه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أكبر الكبائر الاثراك بالله تعالى وعقوق الوالدين ألا وقول الزور فما زال يقول ذلك حتى قلنا ليته سكت ثم (قال) لو ظننا في ولاء أو قرابة أي منهما بسبب قرابة أو ولاء وهو الموالاة فهو دليل على أن شهادة الوالد لولده لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل فلزوجية من أقوى أسباب الموالاة وهو مما يحمل كل واحد منهما مائلا إلى صاحبه وقد أشار إلى نفس الولاء والقرابة أنهما لا يقدمان في العدالة ولكن إذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل في معناه إذا ظهر منه الميل إلى مولاه وقرابته في كل حق وباطل حتى يؤثره على غيره وهو تفسير القانع بأهل البيت كما ذكره في الحديث المرفوع ثم (قال) فإن الله تعالى تولى منكم السرائر يعني أن الحق والمبطل ليس للقاضي طريق إلى معرفته حقيقة فإن ذلك غيب ولا يعلم الغيب إلا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة وإليه أشار في قوله ودرأ عنكم بالبينات يعني درأ عنكم اللوم في الدنيا والآثم والعقوبة في الآخرة وهو معنى الحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضاء جرة فادفع الجمر عنك بعودين يعني شهادة الشاهدين ثم قال إياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار الغضب فالقلق الحدة والضجر رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج إليه والقاضي منهى عن ذلك لأنه يكسر قلب الخصم به ويمنعه من إقامة حجته ويشتهبه على القاضي بسببه طريق الإصابة وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك (قال) والبادي بالناس يعني اظهار البادين بكثرة الخصوم بين يديه واظهار المسال مناهم والمراد البادي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة به إليه فقد يطول أحد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي أن يظهر البادي بذلك ما لم يجاوز الحد فإذا تكلم بما يرجع إلى الاستخفاف بالقاضي أو يذهب به حشمة مجلس القضاء حينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه ثم (قال) والتسكر للخصوم وهو أن يقطب وجهه إذا تقدم إليه

خصمان فان فعل ذلك مع أحدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز الحق عن اظهار حقه
 فذهب وترك حقه (الأتري) الي قوله تعالى ولو كنت فظا غيظ القلب لانفضوا من حولك
 ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحس بها على الذخير يعني في مجالس الحكم
 فالعلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء
 البشر وطلاقة الوجه أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه من يخلص نيته
 فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس والى نحوه أشار صلى الله
 عليه وسلم في قوله من أخلص سريره أخلص الله علا نيته ثم قال ومن يزين للناس بما يعلم الله
 منه خلافه يسبه يعني اذا رآه بمله والمرآة مذمومة حرام على كل أحد وهو في حق القاضي
 أكد لانه غير محتاج الي ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه يقلد القضاء ليكون خليفة
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغي أن يكون أشبه برسول الله صلى
 الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المرآة والنفاق وقوله يسبه الله أي يفضحه الله تعالى
 على رؤس الاشهاد قال النبي صلى الله عليه وسلم من رآه رآ الله به ومن سمع سمع الله به ثم قال
 فما ظنك بشواب غير الله في عاجل رزقه وخزان رحمته معناه أي ان المرأى بعمله يقصد
 اكتساب محمد أو منال شيء مما في أيدي الناس وما يفوته به اذا ترك الاخلاص من ثواب الله
 تعالى فالما قبل اذا قابل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص بما يطعم فيه من
 جهة الناس ترجع ما عند الله تعالى لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى ومن يتق
 الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب والمنفرة والرحمة كما قال الله تعالى ان رحمة الله
 قريب من المحسنين أي المتقين المخلصين فالحديث من أوله الي آخره دليل على ان للقاضي
 أن يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع
 وقال التقي ملجم وعن عامر قال كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى معاوية رضي الله
 عنه أما بعد فاني كتبت كتابا في القضاء مالم آلك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام ينبغي
 له أن يكتب الي عماله في كل وقت يوصهم وقد كان معاوية رضي الله عنه عامله بالشام فكاتب
 اليه في القضاء بهذا الكتاب وبين أنه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله ثم ان عمر
 رضي الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بافضل خطك اذا تقدم اليك
 الخصمان فمليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضي الذي لا يعلم الغيب فن تمسك

به سلم له دينه ونال أفضل الحظ من المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمضى اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وأذن الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي وانما أراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك والقوي يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فلي القاضى أن يدنى الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب فانك ان لم تعاذه ترك حقه ورجع الى أهله فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه قيل هذا أمر بتقديم الغريب عند الازدحام في مجلس القضاء فان الغريب قلبه مع أهله فيذنب للقاضى أن يقدمه في سماع الخصومة ليرجع الى أهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بتعاهد الغريب وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فاذا لم يخصه القاضى بالتعاهد عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع الى أهله والقاضى هو المسبب لتضييع حقه حين لم يرفع به رأسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبين لك فصل القضاء وفيه دليل أن القاضى مندوب اليه أن يدعو الخصم الى الصلح خصوصا في موضع اشتباه الامر وبه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصوم كي يصطاحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن وعن شرح رحمه الله أن عمر رضى الله عنه كتب اليه أن لا يشار ولا يضار ولا يبيع ولا يبتاع في مجلس القضاء ولا ترشى ولا تقضى بين اثنين وأنت غصبان أما قوله لا يشار منهم من يروى بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضى في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في مجلس آخر فانه اذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدرى به وقد وقع مثل هذا لعمر رضى الله عنه في حادثة بينها في المناسك والظاهر بالشين لا يشار معناه لا يشار أحد الخصمين لان ذلك يقصر قلب الخصم الاخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن أنه فيما يشار بصاحبه على رشوة ولذلك لا يشار غير الخصمين في مجلس القضاء لان مجلس القضاء يجمع الناس ومشاركة الاثنين في مثل هذا المجلس تؤدي الى فتنة الآخرين قال صلى الله عليه وسلم اذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان ذلك يحرفه وقوله لا يضار من الضر رأى لا يقصد الاضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينقص الخصوم في استعجاله ليعجز عن اقامته حجته وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه يسقط من كلامه ان زل فامعجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل

أحد عن مراعاة جميع الحدود في الكلام فإذا لم يمرض القاضي عن بعض ما يسمع كان ذلك منه مضارة والقاضي منهي عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء في مجلس القضاء لأن بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولأنه مجلس اظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغي أن يخلط به شيئا من عمل الدنيا وقوله لا يرتشى المراد الرشوة في الحكم وهو حرام قال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي في النار ولما قيل لابن مسعود رضي الله عنه الرشوة في الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان ترشو من تحتاج اليه امام حاجتك وفي قوله ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان دليل على أن القاضي ينبغي أن لا يشتغل بالقضاء في حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فانه مأمور بان يقضى عند اعتدال حاله ولهذا ينهى عن القضاء اذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الاخبشين لانه يندفع به اعتدال الحال فكذلك بالغضب يندفع اعتدال الحال وربما يجري على لسانه في غضبه ما لا ينبغي أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغي أن يراه الناس على تلك الصفة أو اذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن اظهار حقه بالحجة خوفا منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا اذا كان يعتريه ذلك في بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم انها تعترى خيار أمتي فلا يكف عند ذلك عن القضاء لانه يلتبس به عقله ويشتهبه عليه وجه القضاء بخلاف ما يعتريه من الغضب في بعض الاوقات وعن عمر رضي الله عنه أنه دعا قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضى قال أقضي بما في كتاب الله تعالى قال فاذا لم تجد في كتاب الله تعالى قال أقضي بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفيه دليل على أنه يجوز أن يقلد القضاء من هو حديث السن اذا كان عالما فقد كان عمر رضي الله عنه أكثر الناس نظرا في ذلك ثم قلده مع حدائة سنة وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة قاضيا وأميرا وكان حديث السن ويحكى أن المأمون قلديحي بن اكنم قضاء البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطمعن بعض الناس في ذلك لحدائة سنة فكتب اليه المأمون كم سن القاضي فكتب في جوابه أنا على سن عتاب بن أسيد حين ولاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضي الله عنه بلفه مثل هذا الطمن في مثل هذا القاضي لحدائة سنة فامتحنه بالعلم فقال بم تقضى قال أقضي بما في كتاب الله تعالى وأصاب في ذلك لان كتاب الله تعالى امام

المتقين انزل للعمل به قال فاذا لم تجد في كتاب الله قال أقضى بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصاب في ذلك أيضا قلنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة وقد أمرنا باتباعه والافتداء به قال فاذا لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أقضى بما قضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أصاب في ذلك أيضا فقد أمرنا بالافتداء بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة خلفاء الراشدين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ قال فاذا لم تجد ذلك في قضائهم قال اجتهد رأيي وأصاب في ذلك فالتقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لا نص فيه فاجتهاد الرأي هو القياس يرد حكم الحادثة الى أشباهها مما هو منصوص واذا جاز اجتهد الرأي في باب القبلية عند الاشتباه وانقطاع الأدلة وفي المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضاء فلما أصاب في جميع ما أجاب قال له عمر رضي الله عنه أنت قاضيهما أي أني لا أعزلك عن القضاء ما دمت على هذه الطريقة وفيه دليل أن الامام اذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغي أن يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المعتنئين ما لم يتبين له شيء مما لا يحمده من السيرة منه وعن أبي مسعود رضي الله عنه قال لقد أتني علينا زمان لسنا نسأل ولسنا نهناك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر ما يرون قيل هذا اشارة منه الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان الوحي ينزل وكان عليه الصلاة والسلام يبين لهم فكانوا لا يحتاجون فيه الى ابن مسعود رضي الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة الى زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم متوافرين في ذلك الوقت وما كان يحتاج الى ابن مسعود رضي الله عنه وقيل هذا منه اشارة الى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه من تلك الدرجة الى ما بلغه اليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله أربعة آلاف تلميذ يتعلمون بين يديه حتى روى أنه لما قدم على رضي الله عنه الكوفة وخرج اليه ابن مسعود رضي الله عنه مع أصحابه حتى سدوا الافق فلما رآهم على رضي الله عنه قال ملأت هذه القرية علما وفقها قال فن ابتلي منكم بقضاء فليقض بما في كتاب الله تعالى وفي هذا اشارة الى ان التعرز عن تقلد القضاء أولى فقد عده ابن مسعود رضي الله عنه من البلوى بقوله فن ابتلي منكم وهو اختيار أبي حنيفة رحمه الله فانه تعرز

عن تقلد القضاء بعد ما حبس وضرب لاجله مرارا حتى قال بعض أصحابه رحمهم الله لو تقلدت
نفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو أمرت أن أقطع البحر سباحة اكنث أقدر على
ذلك وكأني بك قاضيا ومن اختار تقلد القضاء قال هذا اللفظ من البلاء الذي هو نعمة قال الله
تعالى وليبلى المؤمنين منه بلاء حسنا وانما أراد من أنعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة فليقتض بها
في كتاب الله تعالى وبذلك كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول اني تارك فيكم الثقلين
كتاب الله تعالى وعترتي وقيل أهل بيته الاقربون والابعدون فان تمسكتم بهما لم تضلوا
قال فان لم يجد ذلك في كتاب الله تعالى فليقتض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وبذلك
كان يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لابي رواحة رضى الله عنه في حادثة أما
كان لك في أسوة فقال أنت تسمى في رقبة قد فككت وأنا أسى في رقبة لم يعرف فكما كها
فقال صلى الله عليه وسلم اني لا أرجو أن أكون أخشاكم لله قال فان لم يجد ذلك فيما قضى
به رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقتض بما قضى الصالحون يعني أبي بكر وعمر رضى الله
عنهما كما جاء في الحديث اذا ذكر الصالحون فليعلموا بما قال فان لم يجد فليجتهد رأييه ولا
يقولن اني أرى واني أخاف وفيه دليل على أن للقاضي أن يجتهد فيما لانص فيه وانه لا ينبغي
أن لا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ فان ترك الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد
في غير موضعه فكما لا ينبغي له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغي له أن يدع الاجتهاد
فيما لانص فيه ثم بين طريق الحق في ذلك بقوله فان الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور
مشتبهات فدفع ما يريبك الى ما لا يريبك وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم رواه الحسن رحمه الله وفيه بيان أن المجتهد اذا لم يترك الاحتياط في موضع الريبة فهو
مؤدى لما كلف أصاب المطلوب باجتهاده أو أخطأ وهو ما نقل عن أبي حنيفة رحمه الله كل
مجتهد مصيب والحق عند الله واحداً أي مصيب في طريق الاجتهاد ابتداء وقد يخطئ انتهاء
فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه مسذور في ذلك لما أتى بما في وسعه وذكر عن معاذ بن
جبل رضى الله عنه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثنى الى اليمن بم تقضي
يامعاذ قلت بما في كتاب الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام فان لم تجد ذلك في كتاب الله
تعالى قلت أقضي بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فان لم تجد
ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت أجتهد رأيي فقال صلوات الله عليه وسلامه

الحمد لله الذي وفق رسول رسوله وفيه دليل على أن الامام اذا أراد أن يقلد الانسان القضاء
ينبغي له أن يجربه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فعل ذلك بمعاذ رضي الله عنه مع أنه
كان معصوماً فغيره بذلك أولى فكان هذا منه على وجه التعليم لامته ثم حمد الله تعالى حين ظهر
من التجربة كما تفرس فيه وهكذا ينبغي للامام اذا بلغه عن عامل له ما يرضى به ان يعد ذلك نعمة
من نعم الله تعالى عليه فليقابها بالشكر وفيه دلائل جواز اجتهاد الرأي والعمل بالقياس فيما لانص
فيه من العلماء رحمهم الله من يقول جواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلى الله عليه
وسلم وما كان يجوز ذلك في حياته لان الوحي كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون
الى الاستنباط في ذلك الوقت والحكم يثبت بالنص مقتطوعاً به فلا يصار اليه في غير موضع
الضرورة والصحيح عندنا ان كان ذلك جائز لهم في حياته صلى الله عليه وسلم كما بعده وحديث
معاذ رضي الله عنه يدل عليه فان لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله بين يديه
اجتهد رأيي ولما قال لعمر بن العاص رضي الله عنه أقض بين هذين قال أقضي وأنت حاضر
أو جالس قال صلى الله عليه وسلم نعم قال علي ماذا أقضي قال صلى الله عليه وسلم على أنك إن
اجتهدت فاصبت فلك أجران وإن اخطأت فلك أجر واحد فقد جوز له صلى الله عليه وسلم
الاجتهاد بمحضرة وقد كان يشاورهم (الآتري) أنه شاورهم في أساري بدر وأشار أبو بكر رضي
الله عنه بالفداء وأخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور السعديين رضي الله عنهما يوم
الاحزاب في صلح بني فزارة على بعض ثمار المدينة وأخذ بما أشار به ولما أشار اليه أسيد بن
خطير في النزول عند الماء يوم بدر أخذ برأيه في ذلك وكان صواباً وينبغي علي هذا الفصل
الاختلاف بين العلماء رحمهم الله في أنه صلى الله عليه وسلم هل كان يجتهد فيما لم يوح اليه فيه فهم
من يقول كان ينتظر الوحي وما كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم
كان يجتهد وما كان يقر على الخطأ بانه أنه لما شاور أبا بكر وعمر رضي الله عنهما في حادثة قال
صلى الله عليه وسلم قولاً فاني فيما لم يوح الي مثلكما وقال صلى الله عليه وسلم للخثعمية أرايت
لو كان علي إليك دين أ كنت تقضيه فقالت نعم قال صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق وهذا قول
بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضي الله عنه في القبلة أرايت لو تمضت بماء ثم بجعت أ كان يضرك
وقال صلى الله عليه وسلم في بيان حرمة الصدقة على بني هاشم أرايت لو تمضت بماء
أ كنت شارب هذا ونحوه دليل أنه كان يقضي باجتهاده وما كان يقر على الخطأ فمضاه يكون

شريعة والخطأ لا يجوز أن يكون أصل الشريعة فعرفنا أنه ما كان يقر على الخطأ وبيان ذلك في قوله تعالى عني الله عنك لم أذنت لهم الآية وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كبر وإن كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة وإن كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان وهذا عبارة عن التقصان والوصم كسر يسير وفوقه القصم ونظيره القنص بالانامل وفوقه القبض باليد وفوقه الأخذ وهو التناول قال فقال قائل ما هي يا أمير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو إشارة إلى ما بينا في حق المجتهد قال ونزهة عن الطمع وهو مأخوذ من النزاهة فمن يتحرز عن شيء يقال هو يتزهد عن كذا والاظهر وتزهد عن الطمع من الزهادة فكل الفتنة للقاضي في طمعه فيما في أيدي الناس ولما امتحن عليا رضي الله عنه قاضيا قال له بم صلاح هذا الأمر قال بالورع قال فيما فسادك قال بالطمع قال حق لك أن تقضى فينبغي للقاضي أن يكون منزها عن الطمع ليأمن الفتنة ويخلص عمله لله تعالى قال وحكم عن الخصم يعني أن يحكم في بعض ما يسمع من الخصوم مع قدرته على منعه وهو معنى قول عمر رضي الله عنه لا يصلح لهذا الأمر إلا الذين من غير ضئف القوى من غير عنف قال واستخفاف باللائمة معناه لا ينبغي للقاضي فيما يفصل من القضاء أن يخاف اللائمة من الناس فإنه إذا خاب ذلك يتعذر عليه القضاء بالحق وإلى ذلك أشار الله تعالى في قوله ولا يخافون لوم تلاثم وهذا لأنه لا بد أن ينصرف أحد الخصمين من مجلسه شاكيا يلوم القاضي مع أصدقائه علي ما كان منه واليه أشار شريح رحمه الله حيث قيل له كيف أصبحت قال أصبحت وشطر الناس على غضبان فإذا تفكر القاضي واشتغل بالتحرز عن اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة أولى الرأي وفيه دليل على أن القاضي وإن كان عالما فينبغي له أن لا يدع مشاورة العلماء وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر الناس مشاورة لأصحابه رضي الله عنهم يستشيرهم حتى في قوت أهله وإدامهم قال صلى الله عليه وسلم المشورة تلقح العقول وقال صلى الله عليه وسلم إهلك قوم عن مشورة قط وكان عمر رضي الله عنه يستشير الصحابة رضوان الله عليهم مع قومه حتى كان إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا إلي عليا وادعوا إلي زيد بن أبي كعب رضي الله عنهم فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا أنه لا ينبغي للقاضي أن لا يدع المشاورة وإن كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على ما بينا أن الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه وبين

فصل القضاء ويكون سببا لازدراء بعض الجهال به وعن مسروق قال لان أقضى يوما بالحق أحب الى من ان أربط سنة فان مسروقا ممن يقدم تقلد القضاء على الامتناع عنه وقد كان السلف رحمهم الله في ذلك مختلفين وابتلى مسروق بالقضاء ومن دخل في شئ فانما يروي محاسن ذلك الشئ وقد بينا طريق أبي حنيفة رحمه الله في ايثار التحرز عن تقلد القضاء وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق أحب الى من أن أربط سنة لما في اظهار الحق من المنفعة للناس ودفع الظلم عن المظلوم واتصال الحق الى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله عدل ساعة خير من عبادة سنة وقال صلى الله عليه وسلم لان يقام حد في أرض خير من أن تمطر السماء فيها أربعين صباحا وعن علي رضي الله عنه قال القضاء ثلاثة فائنان في النار وواحد في الجنة فأما الذان في النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل يقضي بغير علم وأما الآخر أناه الله علما فقضى به فذلك في الجنة ولا شبهة في حق من قضى بخلاف ما علم فانه أقدم على النار عن بصيرة وكنم ما علم من الحق فكان فعله كفعل رؤساء اليهود وفيه نزل قوله تعالى عز وجل ان الذين يكتُمون ما أنزلنا من اليينات وقال الله تعالى وان فريقا منهم ليكتُمون الحق وهم يعلمون وأما الجاهل فما كان ينبغي له أن يتقلد القضاء ويلتزم اداء هذه الامانة لانه لا يقدر على اداها الا بالعلم ففي التزام ما لا يقدر على القيام به ظلم نفسه وبعد التقليد لضرورة له الى القضاء بغير علم لتمكنه من أن يتعلم أو يسأل العلماء ويقضى بفتواتهم فلماذا جعله في النار حين قضى بغير علم والذي قضى بعلمه أظهر الحق بحكمه وأنصف المظلوم من خصمه فهو في الجنة ومثل هذا لا يعرف الا بالرأى فانما يحمل على أن عليا رضي الله عنه كان سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن أبي مسعود رضي الله عنه قال يجاء بالقاضي يوم القيامة وملاك أخذ بقفاه ثم يلتفت فاذا أقبل أدفعه دفعة في مهواة أربعين خريفا وأهل الحديث يروون هذا الحديث يجاء بالقاضي العدل يوم القيام ليعلم أن حال من يعدل اذا كان بهذه الصفة فما ظنك في حال من يجور في قوله وملاك أخذ بقفاه اشارة الى ما يلقي من الذل يوم القيالة وان كان عادلا في قضائه في الدنيا فانما يفهم من الاخذ بالبقاء في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل في تأويله أنه وان كان عادلا فقد نال بعض الوجاهة في الدنيا بسبب تقلد القضاء فلماذا له في الآخرة لما نال من الجاه في الدنيا بطريق هو طريق العمل للآخرة ومعناه قوله أدفعه في مهواة أربعين خريفا أي

دفعه على وجهه في النار كما قال الله تعالى يوم يسحبون في النار على وجوههم وكان المراد من هذا أن من نافق وأظهر ما يعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماء وجهه يلقي في النار على وجهه ولا يستقر الا في قعر جهنم هو المراد من قوله في مهواة أربعين خريفا وهذا بيان في قوله تعالى ان المنافقين في الدرك الاسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتلى أن يقضي بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والخفاف رحمه الله يروى هذا من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحريض عن طلب القضاء والتحريض عن التقليد فكل عاقل ممتنع من أن يذبح نفسه بغير سكين فينبغي أن يكون تحريزه عن طلب القضاء بتلك الصفة فذكر المثل من النبي صلى الله عليه وسلم كان للتقريب من القهم (قال) رحمه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول لا يذبح لاحد أن يزدرى بهذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكي أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدري به وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بمض الشعر من تحت ذقنه اذ عطش فأصابه الموى فالتقى رأسه بين يديه قال ومن ابتلى أن يقضي بين اثنين فلينصفهما في الكلام والنظر ولا يذبح له أن يرفع صوته على احدهما ولا يرفع على الآخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر به للقاضي من التسوية وعن عامر أن أبي بن أبي كعب وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما اختصما في شيء فحكما زيد ابن ثابت رضي الله عنه فأتياه في منزله قال زيد رضي الله عنه هلا أرسلت الى يا أمير المؤمنين قال عمر رضي الله عنه في بيته يوتى الحكم وفي هذا بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة ولا يظن كل واحد منهم سوى الجميل وانما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم ويتقدمون الى القاضي لطلب البيان لا للقصد الى التليس والانكار ولهذا كان القاضي يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكما زيد ابن ثابت رضي الله عنه وانما حكماء لفقهاء فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك حتى روى أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف اليه وأخذ بركابه لما أراد أن يركب وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهاءنا فقبل زيد رضي الله عنه يده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا وفيه دليل على أن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه فعمر رضي الله عنه في خصومة حكم زيد ابن ثابت رضي الله عنه وفيه دليل على أن من احتاج الى العلم يذبح له أن يأتي العالم في منزله وان كان وجيها في الناس ولا يدعو الى نفسه فان وجاهته بسبب الدين فيبقى ذلك له اذا عظم الدين والذهب

الى منزل العالم عند الحاجة الى علمه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضى الله عنه
قال هلا أرسلت الى يأمرير المؤمنين قال في بيته يؤتى الحكم وتأويل استعظام زيد رضى
الله عنه أنه خاف فتنة علي نفسه بسبب الوجاهة حين أتاه عمر رضى الله عنه في منزله وظن
أنه أتاه زائرا وما أتاه محكما له راغبا في علمه فلهذا استعظم ذلك (ألا ترى) ان عمر رضى الله عنه
بين له أنه أتاه للتحكيم فقال في بيته يؤتى الحكم فأتى زيد لعمر رضى الله عنهما بوسادة وكان
هذا منه امتثالا لما نذب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله اذا أتاكم كريم قوم فاكرموه
وقد بسط رسول الله صلى الله عليه وسلم لمدى بن حاتم رداه حتى أتاه ولكن عمر رضى الله عنه
لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل وجوب التسوية
بين الخصمين في كل ما يتمكن الناضي منه وما كان ذلك يخفى علي زيد رضى الله عنه ولكن
وقع عنده ان الحكم في هذا ليس كالقاضي وان الخليفة في هذا ليس كغيره فبين له عمر رضى
الله عنه ان الحكم في حق الخصمين كالقاضي (قال) وكانت اليمين علي عمر رضى الله عنه فقال لابي
ابن كعب رضى الله عنه لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضى الله عنه لا ولكن
احلف فترك له ابي رضى الله عنه ذلك واهل الحديث يروون ان عمر رضى الله عنه قال لزيد
رضي الله عنه وهذا ايضا بين ان علي الحكم أن يتحرز عن الميل الى احد الخصمين صريحا ودلالة
وان مجلس الشفاعة غير مجلس الحكومة ثم فيه دليل على انه لا بأس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا
فقد رغب عمر رضى الله عنه في ذلك مع صلابته في الدين وان تحرز عن ذلك فهو واسع له ايضا
كما روى ان عثمان رضى الله عنه امتنع عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يميني فيقال اصبت
بذلك فقيه دليل ان اليمين حق المدعي قبل المدعي عليه يستوفي بطلبه ويترك اذا ترك (ألا ترى)
أن أبا رضى الله عنه ترك له ذلك وبيان هذا فيما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم للمدعي أنك بينة
فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم أنك يمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا أحسد الا في
اثنين رجل أتاه الله مالا فهو ينفعه في طاعة الله ورجل أتاه الله علما فهو يعلمه ويقضى به ومعناه
الحسد يضر الا في الاثنين فيكون في ذلك بيان ان الحسد مذموم يضر الحاسد الا فيما استثناه
فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد في الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمودة ففني الحسد هو
ان يتمنى الحاسد ان تذهب نعمة المحسود عنه ويتكاف لذلك ومعنى الغبطة ان يتمنى لنفسه مثل
ذلك من غير ان يتكاف ويتنى ذهاب ذلك عنه وهذا في أمر الدنيا غير مذموم ففى أمر الدين

أولى أن يكون محمودا والذي ينفق ماله في طاعة الله تعالى يكتسب الآخرة بدنياء والذي يعلم ويقضى به بالحق يكتسب المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمن يتنى لنفسه مثل ذلك يكون محمودا على هذا المعنى فاما الحسد المذموم فهو ما قيل الحاسد جاحد لقضاء الواحد فهو أن يتكاف لذهاب ذلك عنه ويعتقد أن تلك نعمة في غير موضعها واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لا ينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل وما المخلص من ذلك فقال صلى الله عليه وسلم إذا حسدت فلا تبغ أى لا تتكاف لازالة النعمة عن المنعم عليه وإذا ظننت فلا تحقق وإذا نظرت فلا ترجع وعن سوار بن سميد قال شهدت أنا ورجل عند شريح رحمه الله بشهادة فقيه صاحبي عن حجته أي عجز عن اظهار حجة وغفل عن ذلك فقامت له آفة شهادتي ان أعربت عنه فقال لا فأعربت عنه فقضى له وانما قال هذا لان من يكون خصما في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة يخاف إن أظهر حجته صاحبه أن يجمعه خصما ويفسد شهادته فيبين له شريح رحمه الله أنه لا يصير خصما بهذا القدر اذا لم يوكله صاحبه به بل هو متبرع بما يظهر من حجة صاحبه وليس فيه أكثر من أن يعين المدعى وما حضر مجلس القاضي الاتعيين المدعى وتوصله الى حقه فلا يفسد به شهادته وعن سوار قال اختصم قوم عند شريح رحمه الله فذكرت له ذلك فقال مارأه فهم وسأذكر ذلك له الليلة فذكر ذلك له فقال ما فهمت فهم أن يرجعوا الى فرجعوا اليه فتعفي لهم وفيه دليل على أنه ينبغي لمن وقف على خطأ القاضي في قضائه أن ينبه ولا يجاهره بذلك مراعاة لحشمة وإمكانه يأمر أقرب الناس منه ليخبره بذلك في حال خلوته وفيه دليل ان القاضي اذا تبين له خطأ في قضائه ينبغي له أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستيحاء عن الناس من ذلك ولا الخوف فانه تعالى يحفظه من الناس والناس لا يحفظونه من عذاب الله تعالى وعن مكحول قال لان أكون قاضيا أحب الى من أن أكون خازنا يعني أن خازن بيت المال عامل للمسلمين والقاضي كذلك الا ان الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضي يحفظ عليهم دينهم وتمكن الخازن من المال خوف الفتنة على نفسه بسببه أكثر من تمكن القاضي فلهذا أثر القضاء وقد بينا ان المتقدمين فيه من كان يؤثر قلب القضاء على الامتناع منه وعن شريح رحمه الله قال ما شددت على لهواة خصم أي ما منعت من اظهار حجته وما قويت أحد الخصمين على الآخر بتلقين شيء قط ولهذا بقي في القضاء مدة طويلة وعن علي رضي الله عنه أنه أضاف رجلا فلما مكث اياما

قرب اليه في خصومة فقال له علي رضي الله عنه أخصم أنت فقال نعم فقال علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه وفيه دليل أنه لا بأس للامام أن يخص بعض الناس بالضيافة اذا لم يكن له خصومة وانه لا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لان ذلك يكسر قاب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعا لان تهمة الميل تنفي عنه اذا سوى بينهما وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن العاص رضي الله عنه اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر أو جالس قال صلوات الله عليه وسلامه نعم قال علي ماذا أقضى قال سلام الله عليه علي انك ان اجتهدت فاصبت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لاهل السنة رحمهم الله المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى فقهمنها سليمان والفهم هو اصابة الحق فقد خصه بذلك فقيه دليل على انه معذور وان أخطأ وهذا اذا لم يكن طريق الاصابة بينا وهو مثاب على اجتهاده فان أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب اظهار الحق بمجده وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فلك عشر حسنات وان أخطأ فله حسنة على اجتهاده اذا كان مصيبا في طريق الاجتهاد وان لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمر بن حصين رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى مع القاضى مالم يخف عملا يشده للحق مالم يرد غيره وهذا في كل عامل يتنقى بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه على ذلك وبه فقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه لا تسأل الامارة فانك ان تعطيتها عن مسئلة وكلت اليها وإن أعطيتها عن غير مسئلة أمنت عليها ثم هذا الوعد للقاضى مالم يظلم عمدا فالخيف هو الظلم فاذا اشتغل به كله الله الي نفسه وكذلك اذا أراد بعمله غير الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن الله عز وجل أنا أغنى الشركاء عن الشركة فمن عمل لي عملا وأشرك فيه غيري فهو كل لذلك الشريك وانا منه بريء قال وينبغي للقاضى أن ينصف الخصمين في مجلسهما وفي النظر اليهما وفي المنطق أي يسوى بينهما فلا نصاب عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة ففي كل ما يتمكن من مراعاة التسوية فيه فعليه ان يسوى بينهما في ذلك الامالا يكون في وسعه الامتناع منه من النهى فعليه أن يظهر حجة أحدهما فهو غير مأخذ بذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستوى في القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا في

أمامك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من الميل بالقلب الى عائشة رضى الله عنها ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما مالا يرفعه على الآخر لان التسوية بينهما في ذلك ممكنة وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه تجر تهمة اليه وهو مكسر القلب من يرفع صوته عليه ولا ينطلق بوجهه الى أحدهما في شيء من المنطق مالا يفعله بالآخر لانه يزداد به قوة وجراءة على الخصم ويطمع أن يعيل بالرشوة اليه ولا ينبغي له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه حجة فان ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضيا وخصما منافاة وهو مكسر لقلب الخصم وسبب لجر تهمة الميل اليه وهو انشاء الخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لالا نشأوا وينبغي له أن لا يشتري شيئا ولا يبتاع في مجلس القضاء لنفسه لانه جلس للقضاء فلا يخلط به مالم يس من القضاء ومعاملته لنفسه في شيء ولان الانسان فيما يبيع ويشترى بما كس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله لنفسه اشارة الى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون فان ذلك من عمل القضاة وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك في مجلس القضاء يكون أبعد عن التهمة منه اذا باشره في غير مجلس القضاء ولا بأس بأن يبيع ويشترى لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضي ويروون في ذلك حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة أن الناس يساحون في المعاملة مع القضاء بين أيديهم خوفا منهم أو طمعا فيهم فيكون من هذا الوجه في معنى من يأكل بدينه والمقصود يحصل اذا فوض ذلك الى غيره لياشر علي وجهه لا يعلم أنه يباشر ولكننا نقول نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاء والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم حتى ان أبا بكر رضى الله عنه بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله الى السوق ليبيعه ولانه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله الى ما كان محتاجا اليه قبل التقلد وبأن تقلد هذه الامانة لا يمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المساحة موهومة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك اذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت فأما اذا كان ذلك من عادته فقلما يسامح في ذلك فوق ما يسامح به غيره وتأويل النهي ان صح في مجلس القضاء ولا يسار أحد الخصمين بشيء لان ذلك يجر اليه تهمة الميل وينكسر بسببه قلب الآخر

وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء فلا ينبغي أن يشتغل به وإذا تقدم إليه الخصمان فهو بالخيار أن شاء ابتدأها فقال مالكما وإن شاء تركهما حتى يبتدأه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذي يبتدئ بالكلام لأن القاضي إذا ابتدأها كان ذلك منه تهيجا للخصومة وإنما جلس لفصل الخصومة لا لتهيجها ولكننا نقول الرأي في ذلك إليه فحشمة مجلس القضاء قد تمتعها من الكلام ما لم يبتدئ القاضي بالكلام فإذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتدئ فيقول مالكما وما تقدم إليه إلا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهيجا للخصومة ولكن لا يكلمهم بشيء آخر سوى ما تقدم لاجله فإن ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ولهذا لا يسلمان عليه إذا تقدم بين يديه مع أن السلام سنة فإن تكلم صاحب الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانه إذا تكلمها معا لا يتمكن من أن يفهم كلام كل واحد منهما قال الله تعالى ما جعل الله لرجل من قلوبين في جوفه ولأن تكلمهما معانوع شغب وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء قال ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر وظاهر هذا اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعى ذلك واختيار بعض القضاة انه لا يفعل ذلك الا عند سؤال المدعى ولكنه اذا نظر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحيح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب وان صحت الدعوى قال أخبرني فاذا أصنع فان قال أريد جوابه فسأله عن ذلك حينئذ يستنطق الآخر والأصح عندنا انه يستنطق الآخر وإن لم يلتمس المدعى ذلك لانه ما تقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتصقا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك الى التماس الآخر فان سأله فاقرب بحقه أمره بالخروج من حقه وإن أنكر قال للمدعى سمعت انكاره أو هو منكرفنا نقول فإذا قال حلفه يطلب المدعى بعد ان سأله بينة ولا يسأله ذلك ما لم يطلب يمينه لانه نوع تلقين ولا ينبغي للقاضي أن يلحق أحد الخصمين حجته ولكن اذا طلب يمينه حينئذ جاء أو ان الاستحلاف اذا لم يكن للمدعى بينة حاضرة فسأله عند ذلك ألك بينة ولا ينبغي للقاضي أن يقضي الا وهو مقبل على الجميع ففرغ نفسه لذلك لان القضاء أمر مهم فلا يتمكن من النظر فيه ومباشرة لما ألزم ما لم يفرغ نفسه لذلك عن سائر الاشغال فاذا دخله هم أو غضب أو نكاس كف عن ذلك حتى يذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بما دخله فاهم يغلب على القلب حتى لا يجد شيئا آخر معه فيه مساغا والغضب كذلك والنكاس كذلك فالنكاس لا يفهم بعض ما ذكر عنده (ألا ترى) ان النبي صلى الله عليه

وسلم قال اذا لمس أحدكم في صلاته فلا يدري لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضاء وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حجبتهم لأن الاستعجال يضر بالخصم كما أن ترك النظر فيما يقيم من الحججة يضربه فكل واحد منهما من نوع الشر والاضرار وقد روي أن القاضي لا يشار ولا يضار قال ولا يخوفهم فإن الخوف مما يقطع حجة الرجل يعني أن الخائف يمجز عن اظهار حجته وينبغي أن يكون القاضي مهيبا يحتشم منه ولكن لا ينبغي أن يكون مخيفا للناس يخافونه فإن ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الفجر بمسجد الحيف فرأى رجلا لم يصلها معه فقال على بهما فأبى بهما وفرائصهما ترتعد فقال صلى الله عليه وسلم لا تخافا فإنا أنا ابن امرأة من قريش كانت تأكل القديد الحديث فإن (فيل) أليس أنه ذكر في سيرة عمر رضي الله عنه أن الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضي الله عنهما لم ليذكر قولك في القول لعمر فقال كان رجلا مهيبا فبهته أو قال خفت درته (قلنا) هذا لا يكاد يصح فإن عمر رضي الله عنه كان ألين من غيره في قبول الحق وكان يشاورهم وربما كان يقدم قول ابن عباس رضي الله عنهما في الأخذ عند الشورى علي قول بعض الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم ثم كون القاضي مهيبا غير مذموم عندنا وإنما المذموم أن يتكاف لتخويف الخصوم اذا تقدموا بين يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولا عن غيره وإن كان خيرا للقاضي أن يقعد عنده أهل الفقه فتعدوا عنده فربما يحتاج الى أن يستشيرهم وقد روي أن عمر رضي الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفي عليه بعض ما يقف عليه غيره من أهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج الى أن يشهدهم فيكون أهل الفقه والصلاح عنده من نوع الاحتياط فإن دخله حصر في قومودهم عنده أو شغله ذلك عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده لأن طباع الناس في هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء مما يريد من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فاذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة الفقهاء جلس وحده ولكن إنما يتمكن من ذلك اذا كان معروفا بالقامة والعدالة فبالفقه يؤمن غلظه وبالعدالة يؤمن جورره ولا ينبغي للقاضي أن يتعب نفسه في طول الجلوس لأن بذلك يزول اعتدال الحال وقد بينا أنه لا ينظر في الحجج الا عند اعتدال الحال قال فإني أخوف عليه أن يضر ذلك بنظره في الحجج والخصوم يعني اذا أئتمب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض

الخصوم وهذا أيضا في المدرس كذلك واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أن النفس تمل كما تمل الابدان فاتبعوا لها ظرائف الحكمة وان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذا أمل من بيان أنواع العلم قال لأصحابه اخصموا أي خوضوا في ديوان العرب فتذكر شيئا من الملح قال ولكنه يعقد في طرفي النهار أو ما أطلق من ذلك لان عمل القضاء عبادة فالاولي أن يجلس له في طرفي النهار قال الله تعالى وأقم الصلاة طرفي النهار ولان اعتدال حال المراء يكون في طرفي النهار عادة أو ما أطلق من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغي أن يتبكر للخصومة قبل طوع الشمس فقد كان شريح رحمه الله اذا ابتكروا قبل حضوره قال أنتظلمون بالليل فمررنا أن ذلك غير محمود للقاضي (قال) وينبغي للقاضي أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدهجون في مجلسه وفي اختلاط النساء مع الرجال عند الرحمة من الفتنة والقبح مالا يخفى ولكن هذا في خصومة يكون بين النساء فاما لخصومة التي تكون بين الرجال والنساء لا يجبد بدا من أن يقدمهن مع الرجال وأن يجعل لكل فريق يوما على قدر ما يرى من كثرة الخصوم فلا بأس بذلك لانه اذا تركهم يزدهجون على مابه وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة مالا يخفى فيجعل ذلك مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيحضر عند ذلك والحصاف رحمه الله ذكر في أدب القاضي أن الاولى أن يجعل ذلك على الرقاع فيجزئ الخصوم اجزاء ويكتب باسم كل فريق رقعة ثم يخرج الرقاق على الايام للسبت والأحد الى آخره وذلك حسن ولكن محمدا رحمه الله اختار في الكتاب أن يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول ولا يتبدى بأحد جاء قبله غيره والي هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله سبقك بها عاكشة وهذا لان الذي جاء أولا استحق النظر في حجته ان لو كان القاضي جالسا عند ذلك فتأخر جلوس القاضي لا يغير استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره فهذا تقدمه عملا بقوله تعالى ويؤت كل ذي فضل فضله قال ويضع على ذلك أمينا من قبله يقدمهم اليه لانه لا يتمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة أشغاله وفيما يجعل القاضي عن مباشرته يستعين بأمين من أمثاله وينبغي أن يتذكر ذلك الامين الى باب مجلس القاضي ليعلم منازل الناس في الحضور فلعلهم يكذبون في ذلك أو أن يلبسون عليه وانما يجعل على ذلك أمينا لا يطمع ولا يرثى فان ذلك من عمل القضاة فكما لا يطمع هو فيما يقضى فكذلك

ينبغي أن يكون أمينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد جرى الرسم في زماننا أن البواب على باب مجلس القضاء يأخذ من كل خصم قطعة ليمكنه من الدخول والقاضي يعلم ذلك ولا يمنعه منه وفيه فساد عظيم فليس لاحد أن يمنع أحدا من دخول المسجد ولا من أن يتقدم الى القاضي في حاجته فهو يرتشى ليكف ظلمه عنه ويمكنه مما هو مستحق له والقاضي يعلم ذلك ولا يمنع منه فهو بمنزلة مالو علم أن أمينه يشرب الخمر أو يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وإن رأى أن يجمل الغرباء مع أهله المصير فعل وإن رأى أن يبدأ بهم فلا يضره ذلك بعد أن تكون الغرباء غير كثير فإن كثروا في كل يوم فشفلوه عن أهل المصير قدمهم على منازلهم مع الناس وقد بينا أن الغريب على جناح السفر ربما يضر التأخير به وقلبه مع أهله فإذا لم يقدمه القاضي ربما ترك حقه ورجع الى أهله وقد أمر بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا كان له أن يقدم الغرباء ولكن بشرط أن لا يضر بأهل المصير ضررا فانهم جيرانه وانما يقلد القضاء لينظر في حوائجه فإذا كان تقديم الغرباء يضر بأهل المصير قدمهم على منازلهم عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا بأس بأن يشهد القاضي الجنازة ويدود المريض فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم على المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر في الجملة أن يشيع جنازته ويعوده اذا مرض ولا يمتنع عليه القيام بحقوق الناس عليه بسبب تقلده القضاء ولا بأس بأن يجيب الدعوة الجامعة فذلك من السنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجيب الدعوة فقد عصي أبا القاسم قال ولا تجب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك يجري اليه تهمة الميل بأن يقول أحد الخصمين ان فلانا في دعوة فلان كلم القاضي وهو نائب عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة الخاصة مما يطعم الناس به في القاضي فمليه أن يحترز عن ذلك وأصح ما قيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة أن كل ما يتنع صاحب الدعوة من ايجاده اذا علم أن القاضي لا يجيبه فهو الدعوة الخاصة وإن كان لا يتنع من ايجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند ذلك يعلم أن القاضي لم يكن مقصودا بتلك الدعوة وانما يتنع من اجابة الدعوة الخاصة اذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد ايجاد الدعوة له قبل أن يتقلد القضاء فان كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته واليه أشار في قوله ولا

ولا بأس بأن يجيب دعوة ذي القرابة لأن هذا بين القرابات ليس من - والبال القضاء عادة ولا صدق في ذلك كالأقارب إذا كان ذلك معروفا بينهم قبل تقلد القضاء ولا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه لما روينا من نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (قال) ولا يقبل الهدية وقبول الهدية في الشرع مندوب إليه قال صلى الله عليه وسلم نعم الشيء الهدية إذا دخلت الباب ضحكك الأسكفة وقال صلى الله عليه وسلم الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر وقال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا ولكن هذا في حق لم يتعين لعمل من أعمل المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاة والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدي إليه قبل ذلك لأنه من جواب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت والأصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن للثينة على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدى إلى فقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ما بال قوم نستعملهم فيقدموا بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهدى إلى فجلس أحدكم عند حمش أمه فينظر أيهدى إليه أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقد بمال فقال من ابن لك هذا قال تنابجت الخيول وتلاحقت الهدايا قال أي عدو الله هلا قدمت في بيتك فنظر أيهدى إليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال ففرغنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة ومن جملة الكل بالقضاء ومما يدخل به عليه التهمة ويطلع فيه الناس فليتحرز من ذلك إلا من ذي رحم محرم منه فقد كان التهادي بينهم قبل ذلك عادة ولأنه من جواب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الرد معنى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم من الملاعن فأما في حق الأجانب قبول القاضي الهدية من جملة ما يقال إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الكوة ولا ينبغي له أن يخلو في منزله مع أحد الخصمين كما لا سار أحد الخصمين ولا بأس بأن يقضى في منزله وحيث أحب لأن عمل القضاء لا يختص بمكان ولأنه في كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا فاحسن ذلك وأحب إلى أن يقضى حيث تقام جماعة الناس يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لأن ذلك يكون أبعد عن التهمة ولأنه يتمكن كل واحد من أن يحضر مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج إلى من يهديه إلى ذلك من القرباء كان أو من أهل المصر ولا يقضي وهو يمشي ويسير على الدابة فاني أخوف عليه من

ذلك الزل لانه عند ذلك لا يكون متبدل الحال فيكون قلبه مشغولا بما هو فيه من المشي أو السير فلا يتفرغ بالنظر في الحجج ولانه نوع من الاستخفاف وهو مأمور بان يصون قضاء عن أسباب الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان التكاه نوع جلسة كالترجيع ونحوه وطباع الناس في الجلوس تختلف فهم من يكون التكاؤه أرواح له واعتدال حاله عند ذلك أظهر والأصل فيه حديث أم سلمة رضي الله عنها في الرجلين الذين اختصما بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم الحديث الى أن قال وكان متكئا فاستوى جالسا فقد نظر في خصوصتهما حين كان متكئا ففرقنا انه لا يأس بذلك وينبغي له أن يقضى بما في كتاب الله فان أثناه شيء لم يجده فيه قضى فيه بما أثناه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان لم يجده فيه نظر فيما أثناه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فقضى وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل انه اذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضي الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله صلى الله عليه وسلم لم أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابي رضي الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفتنون به تارة ويرون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الرأي فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بسدهم فان كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها في نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد أن يخالفهم فاذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على أن الحق لا يمد مما قالوا فلا يجوز لاحد أن يخالفهم ويتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الاقاويل في نفسه لانهم لما اختلفوا ولم تجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتمين القول بالرأي فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على التقاصي أن يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير الى الترجيح فان لم يبين له وجه الترجيح فنه أن يعمل بأي الاقاويل شاء لان بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فنحن أن يعمل بأحسنها في نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة فان لم يجده في ما جاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه في ذلك وقاسه بما جاء منه ثم قضى بالذي يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لانه مأمور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذي في وسعه اجتهد الرأي عند انقطاع سائر الادلة عنه فيشتمل بهاذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبله عند انقطاع الادلة والأصل فيه قوله تعالى

عبروا يا أولى الابصار والاعتبار رد الشيء الى نظيره فالعبرة هو البيان قال الله تعالى ان
 فا كنتم للرأيا تعبرون والبيان يرد الشيء الى نظيره فان أشكل عليه شاور رهطاً من أهل الفقه
 فيه وكذلك ان لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لانه يحتاج الى معرفة الحكم
 ليقتضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع الى من يعرف ذلك كما اذا احتاج معرفة قيمة شيء
 فان اختلفوا فيه نظر الى أحسن أقوالهم وأشبهها بالحق فأخذ به كما يننا عند اختلاف الصحابة
 رضوان الله عليهم الا ان هنا ان رأي خلاف رأيهم فان استحسن وأشبه الحق قضي بذلك لان
 اجماعهم لا ينقد بدون رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه أقوى في حقه من رأي غيره فلو
 قضي برأيه كان قاضياً بما هو الصواب عنده واذا قضي برأي غيره كان قاضياً بما عنده انه خطأ
 وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب أولى وان لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الاقوال
 نظر الى أقفهم عنده وأورعهم فقضي بفتواه فهذا اجتهاد مثله ولا يسجل بالحكم اذا لم يبين له
 الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا
 بالتأمل والمشورة وقال صلى الله عليه وسلم التاني من الله والعجلة من الشيطان والأصل في
 الباب حديث الشامي رضي الله عنه قال كانت القضية ترفع الى عمر رضي الله عنه وربما تأمل
 في ذلك شهراً ويستشير أصحابه واليوم يفصل في المجلس مابه قضية وحديث ابن مسعود رضي
 الله عنه في المفوضة معروف فانه ردهم شهراً ثم قال أقول فيه برأى فان يك صواباً فمن الله
 ورسوله وان يك خطأ فني ومن الشيطان الحديث فعرفا انه ينبغي للقاضي أن يتأني ويشاور
 عند اشتباه الامر واذا قضي بقضاء ثم بدله أن يرجع عنه فان كان الذي قضي به خطأ لا يختلف
 فيه رده وأبطله يعني اذا كان مخالفاً لنص أو لاجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل
 وهو جهل من القاضي وفي الحديث ردوا الجهالات الى السنة فان كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه
 على حاله وقضي فيما يستقبل بالذي أدى اليه اجتهاده ويرى انه أفضل لان القضاء الاول
 حصل في موضع الاجتهاد فنقد ولزم علي وجه لا يجوز ابطاله والأصل فيه ما روى ان عمر
 رضي الله عنه كان يقضي في حادثة بقضية ثم رفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافها فكان اذا
 قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما يقضي وقال الشامي رحمه الله حفظت من عمر رضي
 الله عنه في الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها ببعضاً وبهذا يبين ان الاجتهاد لا يتعص باجتهاد
 مثله ولكنه فيما يستقبل يقضي بما أدى اليه اجتهاده وأصله في التحرر للتبلة وذكر عن شريح

رحمه الله انه كان يقضى بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعني في المجتهديات كان اذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى اليه اجتهاده ولم ينقص ما كان قضى به وفيه دليل أن التابعي اذا أدرك من الصحابة رضى الله عنهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رأيه يعارض رأيهم لان شريحاً رحمه الله كان قاضياً في زمن عمر وعلى رضي الله عنهما ثم كان يبنى القضاء على رأيه ولا يرجع اليهما فيما كان يسدوله وقد سوغوا له ذلك حتى كان علياً رضي الله عنه يقول له قل يا أيها العبد ألا تنظر وقد رجعت ابن عباس رضي الله عنهما الى قول مسروق رحمه الله في مسألة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضى به ويستأنف القضاء وفي هذا دليل على انه كان يقضى باجتهاده في ما لم يوح اليه فيه وقد بينا انه كان لا يجعل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فاذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون ناسخاً له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره أمر القبله فانه صلى الله عليه وسلم بعد ما قدم المدينة كان يصلي الى بيت المقدس ستة عشر شهراً ثم انتسخ ذلك بالأمر بالتوجه الى الكعبة وكان يستأنف القضاء بالناسخ ولا يبطل ما قضى به لان النسخ ينهي مدة الحكم ولا يبين أنه لم يكن حقاً قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ما تقدم من المجتهديات فانه لا ينقض ما كان قضى به الا أنها يفترقان من حيث أن الرأي لا ينسخ الرأي وعن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضهم ألحن بحجته من بعض فن قضيت له بشيء من مال أخيه بغير حق فانما أقضى له بقطعة من النار معنى قول اللحن أفطن وأقدر على البيان فاللحن في اللغة هو الفطنة وفيه دليل لمن يقول ان بقضاء القاضى لا يحل ما كان حراماً فيكون حجة لحمد رحمه الله في مسألة قضاء القاضى في العقود والنسوخ وأبو حنيفة رحمه الله يقول المراد الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعى الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد ياحقه بذلك عندنا وان كان الملك يثبت له بقضاء القاضى بسببه قال وأكره للقاضى أن يفتى للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسألة الحبس قال انما أقضى ولست أفتى وقد كره بعض الناس للقاضى أن يفتى في المعاملات أصلاً وقالوا يفتى في المبادات وكره بعضهم أن يفتى في مجلس القضاء وقالوا لا بأس به في

غير مجلس القضاء، لأن كل واحد من الأمرين مهم فاذا جمع بينهما في مجلس يخاف الخلل فيهما والاصح أنه لا بأس بأن يفتى في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتى ويقضى والخلفاء رضى الله عنهم بعده كذلك وللقضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم وأما الذي يكره له أن يفتى للخصم فيما خاص فيه اليه لما قيل ان الخصم اذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتليس للتحرز عن ذلك فلا يفتوى له في ذلك حتى تنقضي الخصومة وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال اختصم رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها فلم يلبسه العالم أن قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال يا رسول الله عليك السلام والله الذي لا اله غيره ان حقى لحق فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأثنى به فآخبره بالذي حلف عليه فقال يا رسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه الصلاة والسلام عاوده فعاوده فلم يلبسه أن قضى له فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب بالحق ان حقى لحق يعلم ذلك نفسه فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأثنى به فآخبره فقال ان شئت عاودته فقال عليه السلام لا ولكن اعلم ان من اقتطع نخصومته وجد له حق امرئ مسلم فانما يقتطع قطعة من نار فقال الرجل ألحق حقه فكان النبي صلى الله عليه وسلم متكئاً جالس وقال من اقتطع نخصومته وجد له حق امرئ مسلم فليتبوا مقعده من النار قال أبو هريرة رضى الله عنه فكانت هذه أشد من الأولى وفيه دليل على انه لا ينبغي للقاضي أن يكف عن القضاء مخافة تليس بعض الخصوم عليه فقد كانوا يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحي وهو معصوم وفيه دليل أنه لا بأس للمرء أن يحلف مختاراً فقد حلف الرجل مرتين من غير أن طلب ذلك منه ولم يشكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك وفيه دليل على ان القاضي اذا ارتاب في شيء من قضائه ينبغي له أن يتثبت في ذلك ويحتاط (الأنرى) أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بالمعصية حين حلف المقضى عليه أن حقه حق وكان ذلك احتياطاً منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضي فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الظنين في اوعيد الثاني أشد من الأول كما قاله أبو هريرة رضى الله عنه وهذا لان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه قال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه فكما أن من قصد قتل

المسلم بغير حق فجزاؤه ما قل الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك اذا قصد أخذ ماله
 بالباطل والتليس (قال) وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده فان
 كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له اشهد بكذا فان هذا تلقين
 وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا رأى بأسا أن يقول أنشدها
 بكذا وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرآي ما بالشهود من الخبر عند أداء الشهادة بالحق
 فان لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان
 اذا لم يعينه القاضي على ذلك وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى وتماونوا على البر
 والتقوي وأمرنا باكرام الشهود قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحبهم
 الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع الى اكرامه بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أنشده بكذا
 لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه وفي مذهبه نوع رخصة والعزيمة فما ذهب اليه أبو حنيفة
 ومحمد رحمهما الله لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجبر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة
 أحد الخصمين بما صورة أو معنى وتلقين الشاهد لا تخلو من ذلك ود لا يجز له أن يلقن المدعى
 مع أن الدعوى لا تكون ملزمة فلان لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولى ولان عادة بعض الناس
 أن المحتشم اذا لقن أحدهم شيئا ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيما له فلا يأمر
 القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين
 تدائم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فهذا أكره
 له أن يلقنه ولا يضر القاضي أن يقدم الشهود جميعا أو واحدا واحدا لان الثابت بالنص اشتراط
 العدد والعدالة في الشهود وبذلك يظهر جانب رجحان الصدق فالتفريق بينهم في المجلس يكون
 زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا أن يرتاب في أمرهم فمند ذلك عليه أن يحتاط لقوله صلى الله
 عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك ومن الاحتياط أن يفرق بينهم الا أنه لا ينبغي له أن
 يتعصب لهم فان التعنت يخاط على الرجل عقله وان كان صحيحا في شهادته ولان الشاهد أمين
 فيما يؤدي من الشهادة ولم يظهر خيانه للقاضي فلا يتعنت معهم وقد أمرنا باكرامهم الا أنه اذا
 اتهمهم وفرق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم أين كان هذا وكيف ومتى كان فهو من
 باب الاحتياط ودفع الرية لا من باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلفا فيفسد الشهادة
 أبطلها وان كان لا يفسدها أجازها ولا يضرها بالتهمة والظن فان الظن لا ينفى من الحق شيئا

قال صلى الله عليه وسلم اذا ظننت فلا تحقق فإلم يعلم منهم سواء أوسمع منهم عند السؤال
اختلافا مفسدا لشهادتهم لم يمنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن واذا لم يظن الخصم في الشاهد
فلا ينبغي أن يسأل عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا كنه يقضى بظاهر العدالة الا أن يظن
الخصم وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يسأل عنهم وان لم يظن الخصم وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يفتي في القرن الثالث وقد شهد فيه رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالصدق والخيرية بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس قرني الحديث وكانت الغلبة
للمدول في ذلك الوقت فلماذا كان يكتفى بظاهر العدالة وهما أفتيا بعد ذلك في القرن الذي شهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهله بالكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثم يفشو الكذب
حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وكانت الغلبة في ذلك الوقت لنير المدول فقال لا بد
للقاضي أن يسأل عن الشهود وحجتهم أن اشتراط العدالة في الشاهد للقضاء بشهادته ثابت
بأنهم قال الله تعالى انسان ذوى عدل منكم وقيل السؤال عنهما صفة العدالة محتملة فيهما
والشرط لا يثبت بما هو محتمل * توضيحه ان على القاضي أن يصون نفسه عن القضاء بشهادة
الفاسق فقد أمر بالتثبت في خبر الفاسق فانما يسأل عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف
على ذلك على طالب الخصم ولان كان ذلك لحق الخصم فليس لكل خصم يبصر حجته فربما
يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالظن فيهم والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر
لنفسه (الأتري) انا في الحدود يسأل عن الشهود وان لم يظن الخصم لهذا المعنى فكذلك في
الاموال وأبو حنيفة رحمه الله استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول بعضهم على بعض
فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع أقوى من تعديل المزيكى ثم
العدالة هي الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبيان طريق عدل جائز وقد علم القاضي
منهم الاستقامة واعتقد وذلك يحمله على الاستقامة في التعاطى فعليه أن يتمسك به ما لم يظهر
خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر مزيكى وانما يعتمد هذا الدليل اذا لم يظن الخصم فأما بعد
طلعه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من أن يجازف بالظن فيهم فالتعارض وجب
على القاضي أن يسأل حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزيكى فأما في الحدود يسأل وان
لم يظن الخصم احتيالا للدرء وقد أمر بدرء الحدود لان الحدود ان وقع فيها غلط لا يمكن تداركه
وبظاهر العدالة لا تلتقى الشبهة فقيما يندرى بالشبهات لا يكتفى بذلك فأما المال مما يثبت مع

الشبهات واذا وقع الغلط فيه أمكنه التدارك فيكتفى بظاهر العدالة في ذلك ما لم يظن الخصم
واذا سأل عن الشهود لم يقض بشهادتهم حتى تأتي مسأله مزكاة يعني ان المزكى ان كتب في
جوابه أنهم عدول لا يكتفى بذلك فالعدل قد لا يكون من أهل الشهادة كالعبد عدل في روايته
وكذلك ان كتب عدول أحرار فالحدود في القذف بعد التوبة حر عدل وكذلك ان كتب
أنه نفذ فقد بطل هذا اللفظ على المستور الذي لا يعرف حاله فان كتب أنه مزكى فهو تنصيص
على وجوب العمل بشهادته ولان القاضي انما طلب من المزكى التزكية فينبغي أن يجيبه الى ما طلب
بلفظه كما أنه لما طلب من الشاهد أن يشهد فما لم يأت بلفظة الشهادة لا تقبل شهادته واذا
اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم فانه ينبغي له أن يترجم
عنهم له رجل مسلم ثقة واتخاذ الترجمان للحاجة قد كان عليه الناس في الجاهلية وبعد الاسلام
ولما جاء سلمان رضى الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلم ترجم يهودى كلامه لرسول الله
صلى الله عليه وسلم فخاف في ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وأمر رسول الله صلى
الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضى الله عنه أن يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى
الله عليه وسلم ممن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف أنه يشترط في المترجم أن
يكون عدلا مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق بالعدالة
ويشترط الاسلام أيضا لان الكفار معادون للمسلمين فالظاهر أنهم يقصدون الجناية في مثل
هذا قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون في افساد
أموركم فلهذا لا يقبل القاضي الترجمة الا من مسلم عدل والواحد لذلك يكفي والثنى أحوط
في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يشترط في المترجم الكلام الخصم
أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان
وكذلك الخلاف في التزكية عندهما تزكية الواحد يكفي والثنى أحوط وعند محمد رحمه الله
لا بد من عدد الشهادة في ذلك وكذلك الخلاف في رسول القاضي الى المزكى فمحمد رحمه الله
يقول ما لم يفهم القاضي فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا هو أنه انما يسمع من المترجم لانه يفهم قول
المترجم وعليه ينبغي الحكم فكانت الترجمة في حقه بمنزلة الشهادة (ألا ترى) أنه يعتبر فيها ما يعتبر
في الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد وهذا لانه يلزم على القاضي القضاء
وهذا أكد ما يكون من الازام فيشترط العدد فيه لطمأنينة القلب كالشهادة الا أنه لا يشترط

لفظة الشهادة لان اشتراط ذلك في الشهادة ليس لمضى الالتزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمضى الزجر عن الشهادة بالبطل فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف ولهذا أعظم الوزر في شهادة الزور كما في اليمين القموس والمدعى هو الذى يأتى بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتليس ينهم شرطنا لفظة الشهادة وأما المترجم بحيازة القاضى فينعدم في حقه مثل تلك التهمة فهذا لا يشترط في حقه لفظة الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال المترجم بخبر غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما في الشهادة على رؤية هلال رمضان والدليل عليه أنه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين سائر الاخبار بلفظ الشهادة فاذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه ففى المدد أولى واشترط الاسلام والعدالة هنا بمنزلة اشتراط ذلك في رواية الاخبار واشترط الحرية لانه يلزم الغير ابتداء من غير أن يلتزم شيئا فكان من باب الولاية والرق تبقى الولاية على الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة على هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه ثم يمتد الى غيره فلا تشترط الحرية فيه لذلك ومع أن الواحد يكتفى لذلك كما في رواية الاخبار ولكن رجل وامرأتان أو ثلث لانه في الاحتياط اقرب قال وينبى للقاضى ان يتخذ كتابا من اهل العفاف والصلاح لانه محتاج الى ان يكتب ما جرى في مجلسه وربما يعجز عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كتابا لذلك والكاتب نائبه فينبى أن يشبهه في العفاف والصلاح والكاتب من أقوى ما يعتمد عليه القاضى فلا يفوضه الا الى من هو معروف بالصلاح والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم لم يقعه حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج الى الرجوع الى ما في يده من المكتوب في كل حادثة فليكن برأ العين منه أو لانه لا يأمن عليه من أن يخدعه بعض الخصوم بالرشوة اذا لم يكن برأ العين من القاضى ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة في صحيفة يضاء وحدها ثم يطويها ويختمها ويختتمها بخاتمه للتوثق كيلا يزد فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان في شهر كذا في سنة كذا حتى يتيسر عليه تمييزها من سائر الصحائف اذا اختلفت بها ولا يحتاج في ذلك الى فتح الخاتم فقد يشق عليه ذلك في كل وقت ويجمل خصومة كل شهر في قطر على حدة لا يخالطها شيء آخر والقطر اسم لخريطة القاضى وفيه لتان قطرة وقطر وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة على حدة ليتيسر عليه وجودها

عند الحاجة اليها ويجدها بأدنى طالب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج اليه عند منازعة الخصوم والاصل في كتاب التاريخ ماروى ان عمر رضى الله عنه لما اراد أن يكتب الى الآفاق قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب اذا لم يكن مؤخرًا فجمع الصحابة وشاورهم في التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقي ذلك الى يومنا هذا قال ولياشر هو بنفسه مسائل الشهود فيكتبها أو يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر الى أهل الثقة عنده والعفاف والصالح فيبعث كل مسألة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحد منهما على ما يبعث به مع صاحبه لان قضاءه ينبني على الشهادة فلا يدع في بابها أقصى ما في وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت الزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح رحمه الله تركية السر فقيل له أحدث يا أبا أمية فقال أحدث ثم فأحدثنا فكان يجمع بين تركية السر وتركية العلانية فيسأل عن حال الشهود في السر ثم يحضر الشهود والمزكون ليزكواهم علانية فيقول هؤلاء الذين زكيناهم وهو أتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك تركية العلانية واكتفوا بتركية السر ابتقاء للستر على الناس وتحرزوا عن الغيبة التي تقع بين المزكين وبعض الشهود في تركية العلانية اذا ميزوا المجروح فلهذا يكتب تركية السر في زماننا وانما لا يطلع واحد من الرسلين على ما يبعث به مع صاحبه كيلا يتواضعا بينهما على شيء وان استطاع أن لا يعرف له صاحب مسألة فليعمل لانه اذا كان معروفًا فيرجع اليه بعض الخصوم فيخذه بالرشوة أو تخوفه بعض الشهود فيزكي المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط أن لا يعرف له صاحب مسألة ولكن في زماننا اتخذوا تركية عملا فيشتهر المزكي لذلك لا محالة والاحتياط للقاضي أن يسأل عنه وعن غيره من العدول وأهل الصلاح ممن يقف عليه القاضي ولا يعرفه الخصوم واذا أتاه تركية رجل من ثقة وأتاه من ثقة آخر انه غير عدل أعاد المسئلة لوقوع التعارض بين الخبرين فان النافي معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بينا في كتاب الاستحسان وذكرا هناك انه اذا اتفق رجلان على تركية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد الذي خرج لان المثني حجة في الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد واذا اجتمع رهط على تركية ورجلان عدلان على الحرج أخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفي عليهم ما عرفه اللذان جرحا من المعارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثني حجة في اثبات الحكم (قال) وينبغي أن يكتب الشاهد اسمه ونسبه وحليته ومنزله في دار نفسه

أوفي دار غيره لانه مالم يصير معلوما عند من يسأل عن حاله لا يمكنه ان يسأل وانما يصير معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان أعرف الناس بحال المرء جبرانه (الأتري) ان ذلك الرجل لما قال يا رسول الله عليك السلام كيف أنا قال صلى الله عليه وسلم سل جيرانك وانما يتمكن من أن يسأل جيرانه عن حاله الاعرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتليس على القاضى فيتحرز عن ذلك بان يكتب منزله ويسأل عن التزكية في العلانية بعد التزكية في السر لانه ربما يشتبه على المزكى أو يلتبس عليه فيزكى غير من شهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انه استحسن ترك ذلك في زماننا للتحرز عن الفتنة واذا وجد القاضى في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له أن يقضى بذلك ان لم يتذكر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وجد ذلك في قطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضى به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فالقاضى لكثرة اشتغاله يجوز أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جازله أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمي ليس في وسعه التحرز عند النسيان (الأتري) الى ما ذكر الله تعالى في حق من هو معصوم فقال الله تعالى سنقرئك فلا تنسى الا ماشاء الله وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمى الانسان انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسى ولم نجد له عزما فلو لم يجزله الاعتماد على كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج مدفوع ثم ما كان في قطرة تحت خاتمه فالظاهر انه حق وان لم يصل اليه يد معتبرة ولا زائدة فيه والقاضى مأمور باتباع الظاهر ومذهب أبي حنيفة رحمه الله هو المزينة فالقصد من الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمرآة للعين وانما تعتبر المرآة ليحصل الادراك بالعين فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فاذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضى ان يقضى الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه وهذه ثلاثة فصول أحدهما ما بينا والثاني في الشاهد اذا وجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع الحديث فوجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا غيره وهو خط معروف ولكنه لم يذكر في الفصول الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت له

روايته لانه كان يشترط في الرواية الحفظ من حين سمع الى ان يروى واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله نصر الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم اداها الى من يسمعها ومحمد رحمه الله في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير على الناس وقال يعتمد خطه اذا كان مرفوعا وابو يوسف رحمه الله في مسألة القاضي ورواية الحديث أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده وفي مسألة الشهادة أخذ بالنريعة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان في يد الخصم فلا يما من الشاهد التفسير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه في الشهادة ما لم يذكر الحادثة وان وجد القاضي سجلا في خريطة ولم يتذكر الحاجة فهو على الخلاف الذي بينا وان نسي قضاءه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهد أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاءه وان لم يتذكر فلا اشكال أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك وقيل على قول أبي يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضى به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوى الاصل فسمعه ممن يروى عنده فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه كما لا يفعل ذلك شاهد الاصل اذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك للتيسر من الوجه الذي قلنا وعلى هذه المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهم الله في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاث مسائل سمعها محمد من أبي يوسف رحمه الله ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله فكان لا يعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه في ذلك ومحمد رحمه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء على مذهبه فقال القاضي كذلك وما وجد في ديوان القاضي بعد أن يمدل من شهادة أو قضاء أو اقرار فهو غير مأخوذ به ولا مقبول الا أن يقوم بينة أنه قضى به وأنفذه وهو قاضي يومئذ لان القاضي الثاني لا يعلم حقيقة شيء من ذلك وولاية القاضي فوق ولاية الشهادة فاذا كان لا يجوز للمرء أن يشهد بما لا يعلم فثلا يجوز له أن يقضى بما لا يعلمه أولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق آياته عند القاضي اقامة البينة ويشترط أن يشهدوا أنه كان قاضيا حين قضى بهذا فلمل أنه نفذ بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً من أهل الذمة بلقنا أن أبا موسى الاشعري قدم على عمر رضي الله عنهما فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من أهل الذمة فعضب عمر رضي الله عنه من ذلك

وقال لا تستعينوا بهم في شيء وأبعدوهم وأذلّوهم فاتخذ أبو موسى كاتباً غيره ولأن ما يقوم به كاتب القاضى من أمر الدين وهم يخونون المسلمين في أمور الدين ليفسدوه عليهم (قال) الله تعالى لا تتخذوا بطانة الآية وإن عمر رضى الله عنه أعتق عبداً له نصرانياً يدعى بحنس وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك في شيء من أمورنا ولأن كاتب القاضى يعظم في الناس وقد نهيناعن تعظيمهم قال صلى الله عليه وسلم أذلّوهم ولا تظلموهم ولا تتخذوا كاتباً مملوكاً ولا محدوداً في قذف ولا أحداً ممن لا تجوز شهادته لأن الكاتب ينوب عن القاضى فيما هو من أهم أعماله فلا يختار لذلك إلا من يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضى إلى الاعتماد على شهادته في بعض الأمور أو يحتاج بعض الخصوم إلى شهادته فلا يختار إلا من يصلح للشهادة ولا بأس بأن يكلف القاضى الطالب صحيفة يكتب فيها حجته وشهادة شهوده لأن منفعة ذلك له والذي يحق على القاضى مباشرة القضاء فاما الكتبة ليست عليه فلا يلزمه اتخاذ الصحائف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان في بيت المال سعة فرأى أن يجعل ذلك من بيت المال فلا بأس بذلك لأنه يتصل بعمله وكفايته في مال بيت المال فيتصل به لا بأس بأن يجعل في مال بيت المال وعلى هذا أجزأ كاتب القاضى فانه إن جعل كفايته في بيت المال لكفاية القاضى ليحتسب في عمله فهو حسن وإن رأى أن يجعل ذلك على الخصوم فلا بأس به لأنه يعمل لهم عملاً لا يستحق على القاضى مباشرته وكذلك أجبر قاسم القاضى وإذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضى فشهد عنده كاتبان له أن شهوده فلان وفلان وقد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما ما أشهد الكاتبين على شهادتهما ولا يقبل شهادة الإنسان على شهادة غيره وإذا لم يشهد على شهادته وينبئ للقاضى أن يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه أو وكيله حتى لا يغير شيئاً من موضعه لأن الشهود إن زادوا شيئاً أو حذفوا طعن فيه وخاصم ورفع ذلك إلى القاضى نائبه وكون الكاتب بمحضر منه أقرب إلى النظر له وإلى نفي التهمة عن القاضى وإن كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لأنه يكتب ما سمع وهو أمين في ذلك ما لم تظهر خيانه وينبئ للقاضى أن يعرض كتاب الشهادة بعد ما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئاً أو حذفه عن موضعه لأن حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصى في الاحتياط فيه وذلك في العرض على الشاهد بعد ما يكتب ولهذا قيل إذا لم يكن ما هرا في العربية ينبئ له أن يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله إلى لغة أخرى مخافة الزيادة والنقصان والله أعلم بالصواب

— باب كتاب القاضي الى القاضي —

(قال رحمه الله اعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب اليه وهر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويشتمل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكننا جوزنا العمل بكتاب القاضي الى القاضي فيما ثبتت مع الشبهات لحديث على رضي الله عنه أنه جوز ذلك والحاجة الناس الى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يمجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهائهم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك الى القاضي المكتوب اليه فلتيسر جوزنا ذلك ولكن فيما ثبتت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهته كما أشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندري بالشبهات ولان ذلك نادر لا تم البلوى به فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ماتم البلوى به لان الحاجة تمشي الى ذلك فاذا أتى القاضي كتاب قاضي سأل الذي جاء به البيعة على أنه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على ما فيه فنأصل أبي حنيفة رحمه الله ان علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا شهدوا انه خاتمه وكتابه قبله وان لم يعرف ما فيه وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي قد يستعمل على شيء لا يجبهما أن يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ولكننا نقول ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوما للشاهد والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فلتيسير يطلب كتابا آخر على حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الاعلى ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (قال) ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل

أنفاظ الشهادة كتابة الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد القرع ينقل شهادة شاهد الأصل بمبارته ثم لا تسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم فاذا قرأ عليه وعلم ما فيه فانه ينبغي له أن يخرمه ويحتمه لكيلا ينير شيئا منه ويكتب عليه اسم صاحبه ليتيسر عليه وجوده في قطره عند الحاجة اليه واذا وصل الكتاب الى هذا القاضي بعد ما مات الكاتب أو عزل لم يعمل به لانه ما أتاه كتاب القاضي لان الكاتب قد انزل حين عزل أو مات فأتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لا يصلح حجة للقضاء وان مات ذلك أو عزل بعد ما وصل الكتاب الى هذا القاضي وقرأ ما فيه فانه يعمل به لان الذي أتاه كتاب القاضي وقد بينا أن الكتاب في معنى الشهادة على الشهادة والشاهد على الشهادة اذا مات بعد أداء الشهادة يجوز العمل بشهادته بخلاف ما اذا مات قبل الاداء فكذلك كتاب القاضي الى القاضي لان وصول الكتاب اليه وقراءته في معنى أداء الشهادة في مجلسه وان مات المكتوب اليه أو عزل قبل أن يصل اليه الكتاب ثم وصل الى الذي ولي بعده لم يعمل به لان الكتاب الى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل اليه وقرأه ثم مات قبل أن يقضى به لم يعمل به من بعده بمنزلة ما لو شهد الشهود في مجلسه فات قبل أن ينفذه الا أن يكون الكتاب الى كل من يصل اليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب اليه لحاجة الناس الى ذلك استحسانا الا أنه يكلف الخصم إعادة الينة على الكتاب والختم بين يديه لان ما قام من الينة في المجلس الاول قد بطل بموته قبل تنفيذه وان كتب القاضي الى قاضي في حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغي له أن يسمى الشهود في الكتاب وينسبهم الى آبائهم وقبائلهم والاصل أن الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه بأقصى ما يمكن (ألا ترى) انه لا يعرف المحدودات الا بذكر الحدود فيعرف الآدمي بالنسب والاسم لان ذلك أقصى ما يمكن في تعريفه اذا تمذرا حضاره وتمام ذلك بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده فالتمصود تميزه عن غيره والتميز يحصل بهذا فقل ما يتفق رجلان في الاسم والنسب بهذه الصفة ولأن كان فهو فادر ويذكر قبيلته أيضا ولو اكتفى بذكر اسمه واسم أبيه واسم قبيلته جاز أيضا فقل ما يتفق رجلان في قبيلة واحدة باسمها واسم أبيهما ويقام ذكر القبيلة مقام ذكر الجد فهو الجد الأعلى وان ذكر اسمه واسم أبيه فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك يكفي اذا عرفه بصناعة وهو معروف بها وعند أبي

حنيفة رحمه الله لا يكتفى لان ذكر الصناعة ليس بشئ فقد يتحول الانسان من صناعة الى
 صناعة فان كان قد عرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان
 المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء بالقضاء يقع بشهادتهم وان
 حلالهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم
 والنسب الا أنه اذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغي أن يذكر من ذلك ما لا
 يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر ما يشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من
 المكتوب اليه أن يكتب به الى قاض آخر فعليه ان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكانه
 تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضي الاول للعاجة فكذلك نجوزه من الثاني لان
 الخصم قد يهرب الى بلدة أخرى قبل قضاء المكتوب اليه بذلك عليه واذا سمع القاضي
 شهادة الشهود وكتب بها الى قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه
 لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع
 اذا استقصى بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجز له أن يقضي بذلك
 وهذا لان جواز القضاء بالبيننة والذي سمع شهادة لا بينة فالبيننة ما يحصل البيان بها ولا
 يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى
 تلك البينة بمحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم
 وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه واذا وصل الكتاب
 الى المكتوب اليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف
 فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وانما نقل
 الشهادة بكتابته الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رأيه كما اذا شهد الفروع عنده على
 شهادة الأصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثاني
 ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضي في المجتهديات نافذ (ألا ترى) أنه ليس
 للأول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثاني أن يبطل ذلك فأما في الكتاب
 الاول ملقضى بشئ (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابته قبل أن يثبت به الى الثاني وان الخصم لو
 حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثاني لا ينفذ كتابته الا أن يكون ذلك من رأيه
 ولا يقبل كتاب القاضي في شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندري بالشبهات

ولاشافى رحمه الله قول ان ذلك مقبول الا فى الحدود التى هى لله تعالى خالصا وأصل ذلك فى الشهادة على الشهادة وسيأتى بيانها فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يقبل كتاب قاضى رستاق ولا قرية ولا كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضى والقاضى الرستاق متوسط وليس بقاضى فالمصر من شرائط القضاء فى ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجعل والاعيان فيكون مختصا بالمصر وذلك فى بعض النواذر أن قاضى القرية اذا قضى بشئ بعد تقليد مطلق فقضاؤه نافذ فملى هذا اذا كان قاضى الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا اذا خرج قاضى المصر الى قرية وهى خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه فى ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلى رواية النواذر ينفذ قضاؤه وكثير من المتأخرين رحمهم الله أخذوا بذلك قالوا أرايت لو كانت الخصومة فى ضيعة فى بعض القرى فرأى القاضى الاحوط أن يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشاهدة ويحكم عند الضيعة أما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تأويل ما قال فى الكتاب أنه لا حاجة الى قبول كتاب القاضى الرستاق فانه يتييسر احضار الخصم مع الشهود فى مجلس القضاء فى المصر ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضى مدينة فيها منبر وجماعة أو كتاب الامير الذى استعمل القاضى لانه بما كفل كتاب من تلك تنفيذ القضاء والامير الذى استعمل القاضى لوفد القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضى بأمره فكذلك قاضى المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضى الرستاق ولا تجوز شهادة أهل الذمة على كتاب قاضى المسلمين لذى على ذمى ولا على قضائه لانهم يشهدون على فعل المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة فى اثبات فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق فى قضاء قاضى المسلمين وكتابه وخاتمه لان الاشهاد على ذلك منه فى مجلسه ومجلس قاضى المسلمين يحضره المسلمون دون أهل الذمة واذا جاء بكتاب القاضى ان فلان على كذا وكذا من الدين لم يجز حتى ينسبه الى أبيه والى نخذه التى هو بها أو ينسبه الى تجارة يعرف بها مشهورة وقد بينا قول أبى حنيفة رحمه الله فى النسبة الى التجارة لأنها لا تقوم مقام النسبة الى الفخذ الا أن يكون شيئاً مشهوراً لا يخفى على أحد وان كان فى تلك الفخذ أو الى التجارة أنان

كذلك لم يجوز حتى ينسب الى شيء يعرف به من الآخر لانه لا بد من تميز المشهود عليه من غيره (الآثرى) انهما لو شهدا على أحد الرجلين بحضورتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك في حق الغائب لا بد من تميز المشهود عليه من الآخر على وجه لا يبق فيه شبهة وان لم يكن كذلك الا واحدا فاقام الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وانه قد مات لم يقبل ذلك منه اذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وان كان بعده قبلته وأبطلت الكتاب الذي جاء به المدعي لان الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضي ولو كان معلوما عند القاضي وجوده وموته قبل تاريخ الكتاب لم يمنع لاجله من العمل بالكتاب لان في الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا فانما ينصرف ذلك الى الحى دون الميت لانه اذا كان المقصود الميت يذكر في الكتاب فلان الميت وأما اذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منهما كان حيا حين كتب القاضي الكتاب وليس في الكتاب ما يميز أحدهما عن الآخر أرايت لو ادعى هذه الدعوى على ورثة الميت واحتج ورثة الميت بالحى أ كان يتمكن القاضي من القضاء على ورثة الميت بشيء وليس في الكتاب ما يميز مورثهم من الآخر الا أن يكون في الكتاب فلان بن فلان فلان وقد مات فيعلم بذلك أن المشهود عليه الميت منهما دون الحى وان كان نسبه في ذلك الكتاب الى أبيه والى بكر بن وائل أو الى تميم أو همدان لم أجزه حتى ينسبه الى نخذه التي هو منها أدناها اليه بعد أن يقول قبيلته عليها العرافة لان المقصود التعريف وذلك لا يحصل الا بنسبته الى أدنى الانخاذا أرايت لو قالوا فلان بن فلان العربى أو نسبوه الى آدم صلى الله عليه وسلم أ كان يحصل التعريف بذلك (قال) الا أن يكون رجلا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل ذلك اذا نسبه الى تلك الشجرة فالتمييز بينه وبين غيره يحصل بالشجرة فتقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجوز ذلك كما لو شهدوا به في مجلسه وهذا لان المشهود به مجهول قفيا لا يمكن احضاره مجلس القاضي التعريف بذكر الحدود فيبقى مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حدودا بمحدثين الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا ذكروا أحد حدى الطول وأحد حدى العرض يجوز للقاضي أن يقضى ويكتفى به وهذا ليس بصحيح لان بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فان حدودها بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا استعسانا وعلى قول زفر رحمه الله لا يجوز لبقاء بعض الجمالة حين لم يذكر الحد الرابع وقياس هذا بما لو ذكروا الحدود الاربعة وغلطوا في أحدها ولكننا نقول

قد ذكرنا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر
الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بمداعلام الطول يصير معلوما أيضا
وقد تكون الارض مثثة لها ثلاثة حدود فاذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر
الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا في ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكرنا
صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما إذا خالفوا في ذكره كما إذا ادعى شراء
شيء بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكنت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو
ذكرنا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف
لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجزا في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف
بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود في العقارات كذكر الاسم والنسب
في الآدمي ثم هناك الشهرة تفنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله
يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر
الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزداد فيها وينقص منها
ولا تغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمي فانه لا يزداد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك الى اعلام
أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن فلان على فلان السدي عبد فلان بن
فلان القلاني كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكة فالنسبة الى الاب والقبيلة
تتعطل بالرق وانما ينسب الى مالكة (الآثرى) ان الولاية على المملوك للمالكة دون أبيه فاذا
نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان
نسب العبد الى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف في الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية
فكذلك في العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما في القياس سواء وقد بينا هذه
المسئلة في كتاب الآبق ما قبل فيه كتاب القاضي وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا
يجوز عندنا كتاب القضاة في شيء بعينه لا في العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى
ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي لان الاشارة الى عينه عند الدعوى
والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء واذا أتى كتاب القاضي الى القاضي
وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه اليه وخاتمه فانه يفتح لانه لو
كان على ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكما أنه كتاب القاضي اليه وانما يصير معلوما

بشهادة الشهود فكذلك اذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بمض القضاة كتبه العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له في ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس يجب الختم فان فتح الكتاب فلم يكن في داخله اسم الكاتب والمكتوب اليه او كان فيه اسمهما دون اسم أبيهما لم يقبله لانه انما يقبل كتاب القاضي اليه ولا يصير ذلك معلوما الا بالعنوان في داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب اليه فاذا لم يكن ذلك لا يقبله والحاصل أن العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه تغيير ذلك فاذا كان فيه تعريفه تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسماهما واسما أبيهما قبله اذا شهدت الشهود على ما في جوفه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فيه كنيائهما دون اسميهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ما قيل الممكنى با كنى الا ان يكون مشهورا كشهرة أبي حنيفة رحمه الله فيثبت يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من فلان الى ابن فلان لم يجوز لانه لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب فلان الى الاب الادنى وقد ينسب الى من فوقه وقد يكون لابنه بنون سواء فان كان مشهورا مثل ابن أبي ليلى وابن شبرمة رحمهما الله جاز ذلك لحصول المقصود بذكر ما هو مشهور ولو كتب اسم القاضي ونسبه الى جده ولم ينسبه الي أبيه لم يجوز لان التعريف يحصل بالنسبة الى الاب الادنى فالنسبة اليه حقيقة والى الجد مجازا (ألا ترى) أنه ينفي عنه بآيات غيره ولو كان علي عنوانه اسميهما واسما أبيهما لم يجوز ذلك الا أن يكون ذلك في داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء ولو كتب القاضي الى الامير الذي استعمله وهو في مصر معه أصالح الله الامير ثم اقتص القصص وجاء بكتابه معه فعرفه الامير ففي القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضي لا يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر الى مصر وكذا لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم أبيه واسم المكتوب اليه واسم أبيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في مصر الى هذا فانه يتيسر عليه أن يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز للأمير أن يمضي هذا لانه متعارف ويشق على القاضي أن يأتي الامير بنفسه في كل حادثة ليخبر بها ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كمبارته في حق جواز العمل به فكذلك اذا كتب اليه بذلك رقعة ولم يجز الرسم بمثله في الكتاب من مصر الى مصر آخر فشرطنا هناك شرائط كتاب القاضي الى القاضي ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة وشهادة امرأتين مع رجل

لانه مما ثبت مع الشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال حجة القضاء فيما ثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم وفيه دليل على ان الامام يعطى القاضي كفايته من مال بيت المال وانه لا بأس للقاضي أن يأخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية عياله في مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم يأخذ واحتسب في عمل القضاء فهو خير له والا اصل فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستغفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية في الوصى وهو يعمل لليتيم كما أن القاضي يعمل للمسلمين وان الصحابة رضوان الله عليهم فرضوا لابي بكر رضي الله عنه مقدار كفايته من مال المسلمين الا أنه أوصى الى عائشة رضي الله عنها أن ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضي الله عنه يرحمك الله لقد أتعت من بعدك وعمر رضي الله عنه كان يأخذ كفايته من مال بيت المال وعلى رضي الله عنه كذلك كان يأخذ كما قال ان لي من مالي كل يوم قصعة تريد وعثمان رضي الله عنه كان لا يأخذ لثروته ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال مالي لا أترزق وأستوفي منه وأوفيهما صبر لهم نفسي في المجلس واعدل بينهم في القضاء وان شريحا رحمه الله كان قاضيا في زمن عمرو علي رضي الله عنهما وعمر رضي الله عنه كان يرزقه كل شهر مائة درهم وعلى رضي الله عنه كان يرزقه كل شهر خمسمائة درهم وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه ورخص سعر الطعام وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه وغلاء سعر الطعام فان رزق القاضي لا يتقدر بشئ لان ذلك ليس بأجر فلا يستجار على القضاء لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض أصدقاء شريح رحمه الله عاتبه في ذلك وقال لو احتسبت قال في جوابه ومالي لا أترزق فين انه فرغ نفسه لعمل القضاء ولا بدله من الكفاية فاذا لم يرزق احتاج الى الرشوة فقيه بيان أن القاضي اذا كان محتاجا ينبغي له أن يأخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع في أموال الناس وذكر عبد الله بن يحيى الكندي كان يقسم لى رضي الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا وفيه دليل أن القاضي يتخذ قاسما لانه يحتاج الى ذلك فانه في الموارث اذا بين الابصار بما يطالب بالقسمة ليم بها انقطاع المنازعة وهو لكثرة أشغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما يستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتبانم الأولى أن يحمل كفاية قاسم القاضي في بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تمة ما انتصب القاضي له فان لم يقدر على ذلك أمر الذين يريدون القسمة أن يستأجروه بأجر

معلوم وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضى
فالقضاء يتم ببيان نصيب كل واحد من الشركاء والقسمة عمل بعد ذلك فلا بأس بالاستتجار
عليه كالكتابة ولا ينبغي له أن يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضمة
مع قسامه ولانه اذا أكره الناس على ذلك يتحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم
وأما قوم أصطلحوا على قسمة قاسم آخر جار بينهم بعد أن لا يكون فيهم صغير ولا غائب لان
الحق لهم وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم آخر من جملة النظر منهم
لانفسهم وان كان فيهم صغير أو غائب فهم يحتاجون الى رأى القاضى في ذلك لان الصغير
والغائب عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان أمرهم
بالقسمة وفيهم صغير أو غائب فاستأجروا قساما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد أن يكون
عدلا يعرفه القاضى جاز وأمره أن يقسم بينهم لانه ان لم يفعل هذا وألزمهم استئجار قاسمه
يحكم عليهم في الأجر ثم أجر القاسم على الصغير والكبير والدكر والانثى وصاحب النصيب
القليل والكثير سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الأجر عليهم على قدر الانصاء
وهذه مسئلة كتاب القسمة وان اتخذ القاضى جماعة من القسامين فذلك حسن ولكن الأولى
أن لا يشرك بينهم فانه أجدر أن لا يتحكموا على الناس لانه اذا أشرك بينهم تواضعوا على شئ
فتحكموا على الناس ولانه اذا لم يشرك بينهم يؤمن عليهم الميل الى الرشوة لانه ان فعل ذلك
أحدهم أظهره عليه صاحبه واذا أشرك بينهم يفوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا منهم على
شئ بعينه لم يدخل بقسم معه في ذلك لانه لا شركة بينهم واذا شهد قاسمان على قسمة قسمها
بين قوم بأمره بأن كل إنسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما في قول أبى حنيفة وأبى
يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الأول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد رحمه الله لانهما
يشهدان على فعل أنفسهما ولانهما في الحقيقة يدعيان إفاء العمل الذى استؤجر عليه وأداء
الامانة في ذلك بإبصال نصيب كل واحد منهم اليه والدعوى غير الشهادة وحسب قولهما انهما
لا يجزان بهذه الشهادة الى أنفسهما شيئا لان الخصوم متفقون على انهما قد وفيا العمل وان
العقد انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل أنفسهما لان عملهما التميز والمشهود به استيفاء
كل إنسان نصيبه وذلك فعل المستوفى ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان القاسم
ليس بقاضى والقاضى هو المخصوص بأن يكتب بقوله في الالتزام فاما القاسم فيما يشهد به

كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك أمين القاضي إذا أمره القاضي أن يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكر المدفوع اليه فلا أمين يتصدق في نزاهة نفسه لانه يذكر وجوب الضمان عليه ولا يصدق على الآخر انه قبض لانه ليس بقاض فالحجة لا تتم بقوله وأما رجل ادعى غلطا في القسمة فانه لا تعادله القسمة ولكنه يسأل البينة على ما يدعى من الغلط لان الاصل هو المعادلة في القسمة والظاهر ان القاسم يؤدي الامانة في ذلك فمن ادعى خلاف ذلك لم يصدق الابحجة ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ قاسما ذميا ولا مملوكا ولا محدودا في قذف ولا أعمى ولا فاسقا ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته وقد بينا هذا في الكتاب كذلك في القاسم لان كل واحد منهما ينوب عن القاضي فيما يكون من تمة عمله وقد تحتاج الخصوم الى شهادة القاسم فلا يختار لذلك الامر الامن يكون أهلا لاداء الشهادة لانه اذا كان بخلاف ذلك ولم يرد القاضي شهادته وجد الناس لذلك مقالا في القاضي يقولون لم اخترته اذا كنت لا تمتد قوله واذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء أو غيره رجلا يزني أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن يقيم عليه الحد في القياس لانه يتقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه والعلم الذي استفاده بميانة السبب فوق العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب وفي الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى لو شهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لما روى ان عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لورأيت رجلا على حد ثم وليت هل تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معي غيري فقال أصبت وعن الزهري عن أبي بكر رضي الله عنه يجوز ذلك ولان الحدود التي هي من خالص حق الله تعالى يستوفى فيها الامام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلوا كتفى بعلم نفسه في الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق وهو مأمور بان يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصم يطالب به من العباد وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك *نوضح الفرق ان المقر بالحدود التي هي من حقوق الله تعالى اذا رجع صرح رجوعه ولم يكن للقاضي ولاية الاقامة لوقوع التعارض بين خبريه فكذلك اذا أخبر القاضي أنه رأى ذلك وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم أمين فيما يخبر به من حق الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لان ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار

فاما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضي أن يلزمه ذلك باقراره فكذلك له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك لان معاينته السبب أقوى في افادة العلم من اقرار المقر به وهذا اذا رأى ذلك في مصره الذي هو قاض فيه بعد ما قبل القضاء فاما اذا كان رأى ذلك قبل أن يتقدم القضاء ثم استقصى فليس له أن يقضى بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يقضى بعلمه في ذلك لان علمه بمعاينة السبب لا يختلف بما بعد أن يستقصى وقبله وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود فان معاينة السبب تفيد علم اليقين وشهادة الشهود لا تفيد ذلك فاذا جاز له أن يقضى بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضى بعلم نفسه أولى ومذهب أبي حنيفة رحمه الله مروي عن الشعبي وشريح رحمه الله سئل عن هذه المسئلة فقال أتى شريح رحمه الله مثلها وأنا شاهد فقال أنت الامير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حتى وأنت تعلم فقال أنت الامير حتى أشهد لك والمعنى فيه أنه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبأن استقصى بعد ذلك لا يزداد علمه بذلك وعلم القضاء فوق علم الشهادة فان علم القضاء ملزم والشهادة بدون القضاء لا تكون ملزمة بخلاف ما اذا رأى وهو قاضي لانه استفاد علم القضاء هناك بمعاينة السبب والدليل على الفرق أن ما يستفيد من العلم بمعاينة السبب وما يستفيد به شهادة الشهود عنده في الحكم سواء ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقصى تفيد علم القضاء وقبل أن يستقصى لا تفيد له ذلك حتى لو استقصى شاهد القرع لم يكن له أن يقضى بما كان من شهادة الاصول عنده ما لم يشهدوا بذلك بعد ما استقصى فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لو عاين السبب بعد ما استقصى ولكن في غير مصره ثم لما انتهى الى مصره خوصم في ذلك لانه حين عاين السبب لم يكن له أن يقضى به في ذلك الموضع فهو وما لو علم قبل أن يستقصى سواء ولو عاين ذلك في مصره وهو قاض ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عندهما أنه أن يقضى بعلمه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا له أن يقضى بعلمه لانه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به في ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك اذا قضى به بعد ما قبل ثانيا والاصح أنه على الخلاف لانه بعد ما عزل لم يبق له في تلك الحادثة الا علم الشهادة فهو وما لو علم به بعد ما عزل سواء توضيحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك اذا عاين

السبب وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول اذا علم قبل أن يستقصى ثم استقصى فشهد عنده رجل وأخذ بذلك قضى به وذلك مروي عن شريح رحمه الله أنه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكننا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس ما يحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده واكمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضي لا يتمكن من القضاء إلا بحجة بالطريق في ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذي فوته حتى يقضى هو بذلك واذا دفع القاضي مال اليتيم الى تاجر فجحده التاجر فالقاضي مصدق في ذلك علي التاجر يقضى عليه بالمال لانه قاض فيما يفعله في مال اليتيم وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لانه يخبر بما يملك الانسان وكذلك لو باع مال ميت في دينه فلا عهدة علي القاضي في ذلك لان فعله ذلك من القضاء وهو فيما يلحقه من العهدة يكون خصما لا قاضيا واذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة علي من وقع عمله لم فان جحد المشتري منه البيع قاضاه عليه وأخذ منه اليمين لانه علم أنه كاذب في ذلك فهو الذي باشر السبب وكذلك هو مصدق فيما ذكر أنه قضى به من قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق أو غير ذلك من حقوق الناس سواء أقر بذلك عندي أو قامت به بينة ويسمع للذي سمع من القاضي ذلك أن يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندري بالشبهات وما لا يندري بالشبهات في ذلك سواء وذكر ابن جماعة عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول وقال في الحدود التي تندري بالشبهات لا يسمع السامع إقامة ذلك بمجرد قول القاضي ما لم يخبره بذلك غيره لان القاضي غير معصوم عن الكذب فان ذلك درجة الانبياء صلوات الله عليهم ولا تبلغ درجة القاضي درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسمع الاقدام عليه بمجرد قول القاضي * وجه ظاهر الرواية أن مجرد قول القاضي ملزم (ألا ترى) أن مباشرته القضاء قول ملزم فكذلك اخباره بالقضاء والدليل عليه أنه لا يستقصى في كل بلدة أكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضي به لجري الرسم بإيجاد القاضين في كل بلدة لصيانة الحقوق كما جرى الرسم به في الشهود وفي الاكتفاء بقاض واحد في كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على أن مجرد قول القاضي حجة تامة ولو عزل عن القضاء لخاصته المقضى عليه في جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا في ذلك غير مسئول بينة ولا مستحلف يمينا لانه أضاف الى حالة موهودة تنافي تلك الحالة الخصومة والضمان عنه فيجب

قبول قوله في ذلك كما لو أخبر به قبل أن يزل قال مشايخنا رحمهم الله وإنما يجوز اعتماد قول القاضي في ذلك من غير أن يستفسر إذا كان فقيها ورعا فالورع يؤمننا من جوره وميله إلى الرشوة وفقهه يؤمننا من أن يغلط في ذلك فاما إذا لم يكن فقيها لا بد من أن يستفسر وان كان ورعا لانه ربما يغلط لقلة فهمه وكذلك ان كان فقيها ولم يكن ورعا فلا بد من أن يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار في ذلك ولا ينبغي للقاضي أن يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا ولا يقتص لاحد من أحد عندنا (وقال) الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك بشرط أن لا يلوث المسجد لان فعل الإقامة قرينة وطاعة والمساجد أعدت لذلك ثم هو من تمة قضاائه واذا كان له أن يجلس في المسجد للقضاء كان له أن يتم القضاء باقامة الحدود فيها وحببنا في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في المساجد وفي حديث مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشرائكم وطهروها في الجمع واجملوا على أبوابها المظاهر وروى أن عمر رضي الله عنه أمر بان يمد رجل وقال للذي أمره بذلك أخرجه من المسجد ثم اضربه ولم ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باقامة حد علي أحد في المسجد بين يديه وهذا لانه لا يؤمن تلويث المسجد ورفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد يتنحى عن ذلك فاما أن يخرج القاضي ليقام بين يديه أو يبعث نائبا أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بالاقامة بين يديه خارجا من المسجد وهو يرى ذلك ولو أن قاضيا باع نفسه شيئا أو اشترى لم يقبل قوله في شيء منه على خصمه وهو كغيره من الناس في هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا (الأزري) أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أنكر الاعرابي استيفاء ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال لم يشهد لي حتى شهد خزيمة رضي الله عنه الحديث اذا كان هذا في حق من هو معصوم عن الكذب فإظنك في القاضي ولا يجوز قضاؤه بشيء لنفسه ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ولا لأبويه وأجداده من قبلهما ولا لزوجه ولا لمساكنه وبماليكه لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة واذا لم يجز شهادته لهؤلاء فثلا يجوز قضاؤه لهم أولى وأما من سوى هؤلاء من القرابة وغيرهم فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم واذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لانه أخبر بما لا يملك استثنائه وهذا قول ملزم وهو

بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قولاً ملزماً وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته في ذلك
لأنه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للإنسان فيما يخبر به من فعل نفسه فلا بد من أن يشهد
على قضائه شاهدان سواء ليتمكن المولى بعده من أمضائه وأذا رفع قضاء القاضي بعد موته
أوعز له إلى قاض يرى خلاف رأيه فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لاجتماع الناس على
نفوذ قضاء القاضي في المجتهدين فلو أبطله القاضي الثاني كان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع
وإن كان القضاء الأول خطأ لا يختلف فيه الفقهاء أبطله لأنه بخلاف الاجماع أو النص (ألا
تري) أن الأول لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ما إذا تحول رأيه في المجتهدين
فكذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً لأنه
خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء بين الناس فينبغي أن يتحرز عن ما هو متنى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى لم يجعلني
جباراً عنيداً وفي صفته في التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب في الأسواق فصلوات الله
عليه ولأن هذه أوصاف مذمومة فعلى القاضي أن يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس عنه
قال الله تعالى ولو كنت فظاً غليظ القلب الآية والقاضي مندوب إلى اكتساب ما هو سبب
لميل القلوب إليه والاجماع إليه في حوائجهم وينبغي له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلا يدع
من حق الله تعالى شيئاً من غير جبر به وأن يلين حيث ينبغي ذلك في غير ضعف ولا يترك شيئاً
من الحق لما رويناه عن عمر رضي الله عنه قال لا يصلح لهذا الأمر إلا اللين من غير ضعف
القوي من غير عنف وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلين في الأمور ويرفق حتى أنه يترك
شيء من محارم الله فيكون من أشدهم في ذلك وينبغي له أن يتعذر إلى كل من يخاف أن
يقع في نفسه عليه شيء إذا قضى عليه وأن يفسر للخصم ويبين له حتى يعلم أنه قد فهم عنه حجته
وقضى عليه بعد ما فهم وبذلك تنتفي عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والمالة فيه ولأنه
يصون بذلك الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب إلا أن لا يترك جهده في ذلك
وإن كان لا يطعم في أمانته إلا نادراً فيتقدم القاضي إلى أعوانه والقوام عليه في ترك الحق
والشدة على الناس وبأمرهم بالرفق واللين من غير أن يضعوا فيقصرُوا عن شيء مما ينبغي
لأنهم ينوبون عنه فيما فوض إليهم فكما يفعل ذلك في حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك
سبب تأليف القلوب واجتماع الكلمة عليه ولا ينبغي أن يستعمل على القضاء إلا الموثوق به في

عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التي يأخذ منها الكلام فإنه لا يستقيم أن يكون صاحب رأى ليس له علم بالسنة والاحاديث فثله يضل الناس كما ورد به الأثر: إياكم وأصحاب الرأي أعينهم أن يحفظوها فيسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الحديث أن يبي ما سمعه أولا يقوله قال صلوات الله عليه وسلامه نصر الله امرأه سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فرب حامل فقه الى غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه فمرقنا أنه لا يستقيم واحد منهما الا بصاحبه والامام مأمور بان لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين الا اذا علم صلاحه لذلك قال صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين واعمال المسلمين فلا يختار له الا من يعلم انه صالح لذلك مؤدي الامانة فيه وذلك عند اجتماع الخصال المذكورة فيه واذا كان لا يؤتمن على شيء من المال من لا يعرف بالامانة أو يعجز عن أدائها فلا يؤتمن على أمر الدين أولى فكما لا يختار للقضاء الا من يجتمع فيه هذه الشرائط فكذلك للفتوى فان القاضي يفتي وقد كان القاضي في الصدر الأول يسمى مفتيا فلا ينبغي لاحد أن يفتي الا من كان هكذا الا أن يفتي شيئا قد سمعه فيكون حاكيا ما سمع من غيره بمنزلة الراوى لحديث سمعه يشترط فيه ما يشترط في الراوى من العقل والضبط والعدالة والاسلام لان الخبر كلام فلا يتحقق بصورته ومنه في الراوى من غير العاقل ومامن موجود في الدنيا الا وهو معتبر بصورته ومنه فاذا كان المعنى المطلوب من الكلام البيان ولا يحصل ذلك الا بالعقل عرفنا ان العقل في الخبر شرط والضبط كذلك لان قبول الخبر منه باعتبار رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك بالضبط والقيم والعدالة الا بذلك فرجحان جانب الصدق بالعدالة يكون لانه اذا لم ينزجر عما يعتقده حراما في دينه لا ينزجر عن الكذب أيضا واشتراط الاسلام لان الكفر ينافي رجحان جانب الصدق في خبره لان هذا من باب الدين وهم يعادون الدين الحق ويسعون في هدمه بما يقدرون عليه فشرطنا الاسلام لذلك وبعد ما استجمع في القاضي هذه الشرائط لا يولى القضاء ما لم يكن له علم بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم المتعارف بين الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والحجاز فالقاضي لا يستغنى عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء اذا لم يكن عالما بذلك ولا يولى القضاء أعمى ولا محدود في تذف

ولا مكاتب ولا عبد يسمى في شيء من قيمته لان شهادة هؤلاء لا تقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من أمر القضاء كتابة ولا مسائله لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعي في افساده علي المسلمين ولا ينبغي للقاضي اذا سافر أو مرض أن يستخلف الا بأمر الامام الذي هو فوقه لان من قلده انما رضي برأيه والناس يتفاوتون في الرأي والقضاء لا بد له من الرأي فلا يستخلف الا بأمر من قلده كالوكيل لا يوكل غيره الا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور بأقامة الجمعة في الاستخلاف قد يبنى في كتاب الصلاة فاذا استخلف بغير أمر الامام لم يحز قضاء خليفته الا أن ينفذ هو قضاء خليفته حينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه لان نفوذه برأيه (ألا ترى) أن الوكيل اذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجاز الوكيل الاول نفذ ذلك منه وجعل اجازته كانسائه وكذلك لو حكم حكما بين خصمين فهذا والاستخلاف سواء وقيل هذا كله اذا فعله خليفته لا بحضرة فان فعله بحضرة جاز استحسانا لان تمامه برأيه يكون بمنزلة الوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرة وان التمس عليه القضاء فاستشار فيه رجلا من أهل الصلاح والفقه وأخذ بقوله فانفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن القاضي فيما يعجز عنه يستعين بغيره ممن علم ذلك وان طمع القاضي في أن يصلح الخصمين فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطاحا لحديث ممر رضى الله عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطاحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الاحام ولا ينبغي له أن يردم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار بصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردم فهو في سعة من ذلك وليس واجب عليهم ردمه انما الواجب عليه ما قلده من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك وليس ينبغي للقاضي أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين في مجلس واحد لانه مأمور بين الناس بالتسوية واذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو ثلاثا أضر بذلك بسائر الناس الا أن يكون الناس قليلا ولا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم فلا بأس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على أحد ممن حضر مجلسه ولا ينبغي للقاضي أن يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم علي منازلهم لان الذي سبق بالحضور وقد استحق النظر في حاجته فلا

يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من تواضع لنفى لنفاه ذهب ثلثا دينه ولان القاضى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الآية ونظر القاضى لهم بسبب الدين وفى ذلك السلطان وغيره سواء فانما يقدمهم على منازلهم بما ذكر فى بعض النسخ من أصل بعض مسائل التحكيم وتام ذلك فى كتاب الصلح فنذكر هنا مقدار ما ذكر فتقول الحكم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولى حتى يشترط فيه الاهلية للشهادة فاذا كان أعمى أو محدودا فى قذف أو عبد أو مكاتب لم يحز حكمه بين المسلمين وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى أن لكل واحد منهما أن يرجع فيها مالم يمض فيه الحكم والحكومة فاذا أمضاها فليس لواحد منهما أن يرجع فيها كما فى الصلح ولو دفع حكم الحاكم الى القاضى فان وافق الحق ووافق رأيه أمضاه لانه لو نقضه احتاج الى اعادته فى الحال وان كان لا يوافق الحق أبطل وكذلك ان كان رأيه لا يوافق رأيه فى المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصطلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لا يكون حجة الا لزام فى حق القاضى وان حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فان ذلك لا يجوز لانهما رضيا برأيهما ورأى الواحد لا يكون كراى المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره وليس ينبغى للحكم أن يقضى فى اقامة حد أو تلاعن بين الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه وهذا لان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين فى حق الشرع فلا يستحق فيه الا من يعين ثانياً وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة (ألا ترى) أن من عليه الحد لا يقيم على نفسه فكذلك ليس للحكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ما تعين نائباً فى استيفاء حقوق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الشهادات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وغفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهى الماينة فن حيث أن

السبب المطلق للاداء المعاينة سمي الاداء شهادة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لا شاهد اذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهدوا لا دفع وقيل هي مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أي حضرت قال الله تعالى وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود ومن حيث أنه يحضر مجلس القاضي للاداء يسمى شاهدا وتسمى أداء شهادة ثم القياس يأتي كون الشهادة حجة في الاحكام) لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة فالقضاء أولى ولكننا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للاحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى وفيه معنيان أحدهما حاجة الناس الى ذلك لان المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتمد اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة والتكليف بحسب الوسع والثاني معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لا يجاب القضاء مع احتمال الكذب اذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أكرموا الشهود فان الله تعالى يمحى الحقوق بهم ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم بكونهم شهداء على الناس في القيامة قال الله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس وقد يجب العمل بما يوجب علم اليقين كالقياس في الاحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يباغوا أحد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص ففيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كما لو تولونا من الآيات قال الله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال صلى الله عليه وسلم للمدعى ليس لك الا شاهد شاهدك أو عيینه فان (قيل) هذه النصوص بيان جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد (قلنا) لا كذلك فالقادر في الشرع اما المنع الزيادة والنقصان دون الزيادة كآقل مدة الحيض والسفر أو لمنع الزيادة دون النقصان كما كثر مدة الحيض وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة ثم فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر

منه في خبر الواحد وفي الشهادة محض الالتزام وخبر الواحد لا يكفي لذلك بخلاف البيانات فان في البيانات التزام السامع باعتقاده والخبر يلزم نفسه ثم يتعدى الى غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلماذا لا يشترط فيه المدد بخلاف الشهادة وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتليس في الخصومات يكثر فيشترط المدد في الشهادات صيانة للحقوق المصومة ثم يشترط فيها ما يشترط في الخبر من العقل والضم والعدالة لان البيان لا يحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة ومعرفة عقل المرء باختياره فيما يأتي ، ويذر وحسن نظره في عاقبة أمره والمطلق من الشيء ينصرف الى الكمال منه الا أنه لا أحد يرجع اليه في كمال معرفة العقل سوى ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ والعقل تيسيرا للأمر على الناس ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه أهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه أيضا لما في النقصان من شبهة الدم ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادة اذا كان ذلك ظاهرا عند الناس وأما معرفة العدالة فدرجتان جانب الصدق ، فالحجة الخبر لذي هو صدق ولا طريق لمعرفة الصدق في خبر من هو غير معصوم عن الكذب الا العدالة. والعدالة هي الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يمتدحه حراما في دينه ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود في القذف أهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في الاهلية للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبره مع كفره اذا كان . نزجرا عما يمتدحه حراما في دينه غير أن خبره لا يقبل في أمر الدين لانه متهم في ذلك فانه يمتدح السمي في هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة في حق المسلمين لانه يمتدح عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة في حق البعض وسوى هذا يشترط في الشهادة أهلية للولاية حتى لا يكون المملوك أهلا للشهادة وان كان خبره في البيانات مقبولا لما في الشهادات من محض الالتزام والزام الغير لا يكون الا عن ولاية وشرطنا الاهلية للولاية في الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا النساء أحط رتبة في الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة ويان ذلك في الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة النساء في الحدود وذكر بعد هذا عن الزهري قال مضت

السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه تأخذ لأن في شهادة النساء ضرب من الشبهة فإن الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم بالانوثة إلى ذلك أشار الله تعالى في قوله عز وجل أن تضل إحداهما فتذكر إحداها الأخرى ووصف رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود تندري بالشبهات وما يندري بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا أحد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لأن تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بمنس الشهود فسقط اعتبارها ولا يجوز أقل من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا في الجراحات يعني عند إمكان اشتراط العدد من غير جرح وذلك فيما يطلع عليه الرجال للأنث التي بلونا في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان يجوز شهادة رجل واحد لم يكن لخزيمة بن ثابت رضي الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين خصه بذلك وقصة هذا الحديث ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقة من أعرابي وأوفاه الثمن ثم جحد الأعرابي استيفاء لثمن وجعل يقول واغداره هلم به شهيدا فقال صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضي الله عنه أنا أشهدك يا رسول الله أنك أوفيت الأعرابي ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم كيف تشهد لي ولم تحضرنا فقال يا رسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من أداء ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم من شهد له خزيمة فحسبه سم هذا النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة أقسام في اشتراط العدد فقسم يشترط فيه عدد الأربعة في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا يشترط عدد الأربعة فيما سوى الزنا المقوبات وغير المقوبات في ذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضي بأشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في الشهود ولهذا جعل النسبة إلى هذه الفاحشة في الأجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ما عر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمه هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات شين وإلى الينيم أنت وفي قسم يشترط فيه شهادة رجلين وهو القصاص والمقوبات التي تندري بالشبهات وقسم يشترط

فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك فيما ثبت مع الشبهات بيانه في قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشاهدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان ليكون تفسيراً لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين والآية في المداينات ولكن ذلك مما لا يندري بالشبهات فيكون ذلك دليلاً على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندري بالشبهات والنكاح والطلاق والمناق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المعنى في المداينات كثرة المعاملات فيما بين الناس فانما يجعل شهادة النساء مع الرجال حجة في ذلك خاصة وهي الأموال وحقوقها فما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين وقد بينا المسئلة في كتاب النكاح. والشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء ما خلا القصاص والحدود وذلك مروي عن ابراهيم رحمه الله وهذا لان الشهادة على الشهادة فيها ضرر شبهة ينعدم ذلك بمجنس الشهود. من حيث ان الخبر اذا تداولته الالسنه يمكن فيه زيادة ونقصان فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء تكون حجة فيما ثبتت مع الشبهات دون ما يندري بالشبهات بل أولى فان الشهادة على الشهادة خلاف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند المعجز عن شهادة الأصول وشهادة النساء مع الرجال في صورة الحلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين عرفنا أن ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد الفرع لم يعان السبب ولا يتيقن في ذلك شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان فاذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة في الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة أولى والشافعي رحمه الله يجعل الشهادة على الشهادة حجة في حقوق العباد أجمع. العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء لانه حجة أصلية فيما هو المشهور به وهو شهادة الأصول فانبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كشوته باذاتهم لو حضروا بانفسهم بخلاف شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما تكثر فيه المعاملة لان الضرورة تحقق في ذلك وفي الحدود التي هي لله تعالى له قولان في أحد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا تكون حجة في ذلك لان شهادتهم على شهادة الأصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر وذلك غير مقبول في الحدود التي هي لله تعالى ومقبول في حقوق العباد فكذلك الشهادة على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للمباد وذلك ينعدم فيما هو لله تعالى وفي قول آخر يقول

الشهادة على الشهادة حجة في ذلك الا في الرجم فالشاهد على الزنا في جملة من يرجم يشترط حضوره لاحالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذي يقيم اذا ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة على الشهادة لانها حجة أصلية وفيما ذكرنا جواب عن كلامه اذا تأملت ولا يجوز في شيء شهادة من لم يماين ولم يسمع لانه لا علم له بالشهود به وبدون العلم لا يجوز له أن يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضى حقيقة الحال ويميز الصادق المخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه اذا لم يعلم به وطريق العمل المماينة اذا كان المشهود به مما يماين والسمع اذا كان ذلك مما يسمع كاتقرار المقر والله أعلم بالصواب

باب الاستحلاف

(قال رحمه الله اعلم بأن المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على ما أنكر الا أنه لا يستحلف الا بطلب المدعى) لان اليمين حقه قال صلى الله عليه وسلم للمدعى لك يمينه وكما لا يستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذلك لا يستحلف الا بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه أن الغموس من اليمين مهلكة على ماروي في حديث أبي أمامة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع يمينه وجد له مال امرء مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان شيئا يسيرا يارسول الله قال صلوات الله عليه وان كان قضيبا من أراك وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف يميناً فاجرة ليقطع بها مال امرء مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان فرقنا أنه يمين مهلكة والمدعى يزعم أن المنكر أتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينه حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعى فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزاء مشروع كالتقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى العدل في شرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه ثم له رأى في تأخير الاستحلاف فربما يرجو أن يحضر شهوده ولا يأمن أن تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول الينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك فهذا لا يحلف الا بطلب المدعى ولان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف الخصم اذا زعم المدعى أن شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود في مجلس القضاء والمدعى

هو الذي يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ثم شرط أبو حنيفة رحمه الله للاستحلاف أن لا يكون للمدعي شهود حضور لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم للمدعي ألك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم إذن لك يمينه ولأن المنكر انما يكون متلقا حق المدعى بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم اذا أقام المدعى البينة بعد ذلك وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا اذا كان الشهود في مجلس الحكم فكذلك يتمكن المدعى من اثبات حقه بالشهادة في الحال فاما اذا لم يكونوا في مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المؤونة والمسافة عليه باقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له أن يطلب يمينه ثم قدينا في كتاب الدعوى أن المقصود نكول المدعى عليه وان الاستحلاف في كل ما يجوز فيه القضاء بالنكول ولهذا لا يستحلف في الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفي الحدود التي هي لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف يقام بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفي حد القذف النكول قائم مقام الاقرار ولا يجوز اقامته بما هو قائم مقام الغير كما لا يقام بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي الا أنه يستحلف في السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع وهذا لان المدعى يدعى أخذ المال بجهة السرقة فيستحلف الخصم في الاخذ وعند نكوله يقضى بذلك لاجهة السرقة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع وكما في الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء في السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان دون السرقة الموجبة للقطع فكذلك في النكول ولهذا لا يستحلف في النكاح والرجعة والنفى في الاتلاف والرق والنسب والولاء في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يجوز القضاء فيها بالنكول والنكول عنده بمنزلة البدل وهما يقولان يستحلف في هذه الاشياء ويقضى بالنكول فالنكول عندهما قائم مقام الاقرار وقد بينا هذا في الدعوى وفي دعوى القصاص يستحلف لا للقضاء بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس (ألا ترى) أن الايمان في القسامة شرعت مكررة لذلك وان كلمات اللعان ايمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة الى الفاحشة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا امتنع عن اليمين في دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وفيما دون النفس يستحلف للقضاء بالنكول لان البدل عامل في الاطراف كهو في الاموال فاذا كان مفيدا يعمل في الاباحة واذا كان غير مفيد يعمل في اسقاط الضمان فعند النكول يقضى بالقصاص الذي

هو عين المدعى كما يقضى بالمال وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قال النفس وما دونها سواء اذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول أبو حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا هذا في كتاب الدعوى أيضا (قال) ولا يستحاف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين في جانب المدعى عليه فلم يبق يمين في جانب المدعى ولان شرع اليمين في جانب المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك في جانب المدعى ولانها مشروعة للحاجة الى قطع المنازعة ولا حاجة الى ذلك بعد اقامة المدعى البينة ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفي والمدعى محتاج الى الاثبات والى هذا أشار في الأصل فقال لا نرد اليمين ولا نحولها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسألة رد اليمين ومسئلة القضاء بشاهد ويمين وكان على رضى الله عنه يرى استحلاف المدعى مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوى اذا روى حديثا كما روى عنه انه قال ماروى لى أحد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا حلقته غير أبى بكر رضى الله عنه فانه حدثنى أبو بكر رضى الله عنه ولم أحلقه ولم نأخذ بقوله في هذا لما فيه من الزيادة على النص فى النصوص أمر الحكام بالتمسك بشاهدين من المدعى فاليمين بعد ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة فالبينة سميت بينة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك فاذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى فان كانت اليمين على الرجل فان القاضى يحلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وان اكتفى بالأول أجزاء لان المشروع اليمين بالله تعالى قال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال الله تعالى يحلفون بالله ما قالوا فرغنا أن المشروع فى بيعه نصرة الحق والانكارات اليمين بالله تعالى الا أن المقصود فى المظالم والخصومات هو النكول وأحوال الناس تختلف فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط واذا كان كذلك فالرأى فى ذلك الى القاضى ان شاء ا كتنى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر الصفات والا صل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان الذى حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك فى آداب القاضى ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرغنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من

يمين واحدة ولهذا لم يذكر حرف المطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه بيمين الله تعالى لان ذلك منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أوليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بيمين الله فقد أشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحينما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل سواء حلفه في المسجد أو في غير المسجد استقبل به القبلة أو لم يستقبل والشافعي رحمه الله يقول في المال العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فإنه رأى قوما يستحلفون عند البيت قال أعلي دم أم أمر عظيم من المال لقد خفت أن يتهيا الناس لهذا البيت وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمنع الانسان من اليمين في هذا الموضع ما لا يمنع منها في سائر المواضع ولنا تأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهي تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه أيضا بعض الحرج على القاضي فان حلف المدعى عليه فقد انقضت المنازعة لانه لا حاجة للمدعى بخجته البينة أو اقرار الخصم أو نكوله وقد انعدم ذلك كله وليس له أن يخصم بغير حجة يقول فان أبرأه القاضي أي منعه من أن يخصمه بغير حجة لأن يسقط حق الطالب عنه بقضائه ثم إن أقام الطالب البينة عليه بالحق فإنه يأخذه منه وبمض القضاء من السلف رحمهم الله كان لا يسمعون البينة بيمين الخصم وكانوا يقولون كما يرجع جانب الصدق في جانب المدعى بالبينة ويتمين ذلك حتى لا ينظر الي يمين المنكر بعده فكذلك يتمين الصدق في جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بيينة المدعى بعد ذلك ولنا تأخذ بذلك وانما تأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعى بعد يمين المدعى عليه ويقول عمر رضي الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة أحق أن يرد من البينة العادلة ولنا نقول بيمين المدعى عليه يتمين معنى الصدق في انكاره ولكن المدعى لا يخصمه بعد ذلك لانه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها ولا يحلف الشاهد الا بأمرنا لا كرام الشهود وليس من اكرامه استخلافه ثم الاستخلاف ينبني على الخصومة ولا خصم للشاهد وكما يستحلف المسلم في الخصومات تستحلف أهل الذمة لان المقصود النكول وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة ويمتقدون حرمة ذلك كالمسلمين (قال) ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام واليهود بالله الذي أنزل التوراة على

موسى عليه السلام والاصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور أنشدك الله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا وهذا لأنه قد يمتنع من اليمين عند التخليط بهذه الصفة ما لا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله أنه يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار لأنهم يعظمون النار وليس عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلاف ذلك فى الظاهر إلا أنه روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر قال لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا فلماذا قال بعض مشايخنا لا ينبغي أن يذكر النار عند اليمين لأن المقصود تعظيم المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال بذلك فى اليمين فأما المسلمون لا يعظمون شيئا من المخلوقات تعظيم العبادة فلماذا لا يذكر شيء من ذلك فى استحلاف المسلم وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلفون بالله فإنهم يعظمون الله تعالى كما قال عز وجل وإئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وإنما يعبدون الأصنام تقربا إلى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى فيمتنعون من اخلاف بالله كاذبا ويحصل به المقصود وهو النكول ولا يستحلف المجوسى فى بيت النار لأن الاستحلاف عند القاضى والقاضى ممنوع من أن يدخل ذلك الموضع وفى ذلك معنى تعظيم النار وإذا كان لا يدخله المسجد مع أنا أمرنا بتعظيم هذه البقعة فلا يدخل المجوسى بيت النار عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها أولى والحر والمملوك والرجل والمرأة فى اليمين سواء لأن المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء وإذا أرادت المرأة أن تحلف زوجها على الدخول بهالتواخذه بالمهر وقالت تروجنى وطلقتى بعد الدخول أو قالت تزوجنى وطلقتى قبل الدخول فعليه نصف المهر أستحلفه بالله على ذلك فإن نكل عن اليمين لزمه المال ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لأنها تدعى المال والعقد والبدل يعمل فى المال ولا يعمل فى النكاح فيستحلف لدعوى المال وعند النكول يقضى بذلك دون النكاح وقد بينا نظيره فى دعوى السرقة والله أعلم بالصواب

باب من لا تجوز شهادته

(قال الشيخ الامام رحمه الله الاصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم

لا شهادة لمتهم ولأنه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم التهمة تارة تكون لمعنى فى الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محذور دينه مع اعتقاد حرمة متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة والعدالة هى الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضلّه أو يصدّه وليس لهذه الاستقامة حد يوقف على معرفته لانه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها فجعل الحد فى ذلك ما لا يلحق الحرج فى الوقوف عليه وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب به عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا فى شهادته فى غير الكبائر اذا أصر على ارتكاب شئ مما هو حرام فى دينه يخرج من أن يكون عدلا وان ابتلى بشئ من غير الكبائر ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل فى الشهادة لانه اذا أصر على ذلك فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه واذا ابتلى بذلك من غير اصرار عليه فانما ظهر رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد يدل على اثاره على المشهود عليه وذلك شئ يعرف بالمادة فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل الى الاقارب وأبنائهم على الاجانب فتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق فى الشهادة وقد يكون ذلك فى الشاهد لا يقدر فى عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك تمكن تهمة الغلط فى الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعى وهو فى حق المحدود فى القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى مجزءه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل فاذا لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون * اذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيدته وبذلك نأخذ ويخالفنا فى الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما صاحبه بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق فى خبره انزجاره عما يعتد حرمة ولا فرق فى هذين الاجانب والاقارب وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاختيه فكذلك شهادة الوالد لولده ولا معتبر بالميل اليه طبعا بعدما قام دليل الزجر شرعا ولكننا نستدل

بحديث هشام بن عروة عن أبي عن عائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال لا تقبل شهادة خان ولا خائنة ولا ذى غمره على أخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده وكذلك رواه عمر بن شعيب عن أخيه عن جده زاد فيه ولا شهادة المرأة لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته وفي الحديثين ذكر ولا مجلود حد يبنى في القذف وروى أن الحسن شهد لعمى رضى الله عنهما مع قنبر عند شريح رحمه الله بدرع له قال شريح رحمه الله ائت بشاهد آخر فقال على رضى الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر قال لا بل مكان الحسن رضى الله عنه قال على رضى الله عنه أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة فقال قد سمعت ولكن إئت بشاهد آخر فمزله عن القضاء ثم أعاده عليه وزاد في رزقه فدل أنه كان ظاهرا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لا تقبل إلا أنه وقع لعمى رضى الله عنه في الابتداء أن للحسن رضى الله عنه خصوصية في ذلك لما خصه به رسول الله صلى الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم في حقه ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم عن الكذب فيبنى الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع على رضى الله عنه والمعنى فيه تمكن تهمة الكذب فإن العدالة تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين في حقه ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء (ألا ترى) أن في شهادة المرء لنفسه أو فيما له فيه منفعة لا يظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور ما يمنع من ذلك بطريق العادة فكذلك في حق الآباء والأولاد إما لشبهة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد في المشهود به والمنافع بين الآباء والأولاد متصلة قال الله تعالى أبأؤم وأبناؤكم لا تدون أيهم أقرب لكم نفعا بخلاف الأخوة وسائر القربات فدليل العادة هناك مشترك متعارض فقد تكون القرابة سببا للتحاسد والعداوة وأول ما يقع من ذلك إنما يقع بين الأخوة بيانه في قوله تعالى قال لا تقتلنك وبيان ذلك في حال يوسف عليه السلام وأخوته فكان التعارض يظهر رجحان جانب الصدق في الشهادة لظهور عدالته ومثل هذه المعارضة لا توجد في الآباء والأولاد ولا يشكل هذا على من نظر في أحوال الناس عن انصاف فاما في شهادة أحد الزوجين لصاحبه يخالفنا الشافعي رحمه الله فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه ليس بينهما بعضية والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والائثار فهي نظير الأخوة

أو دون الاخوة فاما تحتل القطع والاخوة لا تحتل ودليل هذا الوصف جريان القصاص
بينهما في الطريقين في النفس وأن كل واحد منهما لا يعتق علي صاحبه اذا ملكه ولان هذه
وصلة بينهما باعتبار عقد لا يؤثر في المنع من قبول الشهادة كالصداق والاظهار والاختان وهذا
لان عقد النكاح يثبت أحكاما مشتركة بينهما فقيام وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه
منزلة الاجنبي كشريكي العنان* وحجتنا في ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية يمكن تهمة في
شهادة كل واحد منهما لصاحبه. ويان ذلك من وجود أحدهما ان عقد النكاح مشروع لهذا
وهو أن يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل اليه ويؤثره على غيره واليه أشار الله تعالى في
قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح
المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة رضى الله
عنها وأمور خارج البيت على علي رضى الله عنه وبهما تقوم مصالح المعيشة فكان في ذلك
كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما في حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد في
حقوق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى
صاحبه وايشاره على غيره كما في الآباء والاولاد بل أظهر فان الانسان قد يعادى والديه لترضى
زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها فتدفعه الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد
منفعة صاحبه منفعة ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى
أى غنى بمال خديجة رضى الله عنها ولما جاء الى عمر رضى الله عنه رجل فقال ان عبدى سرق
مرآة امرأتى فقال مالك سرق بعضه بعضا والدليل على أن الزوجة بمنزلة الولاد حكما استحقاق
الارث بها من غير حجب بمن هو أقرب* توضيح الفرق ما قلنا أن الزوجة بمنزلة الاصل
للولاد فان الولاد تنشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الاصل وان انعدم ذلك
المعنى فيه (الأتري) أن المحرم اذا كسرييض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية
ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت في الصيد الا أن هذا الاصل انما يلحق
بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فانه
يجب بعد القتل ولا زرجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجية
بعد الملك فاما حكم الشهادة يكون في حال قيام الزوجية فيلحق الزوجية فيه بالولاد وكان سفيان
الثوري رحمه الله يقول شهادة الزوج لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لا تقبل لانها في

حكم المملوك له المقهور تحت يده فيتمكن تهمة الكذب في شهادته له وذلك لعدم في شهادته لها واعتمد فيه حديث على رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى فذلك مع امرأة بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فقال لها أبو بكر رضي الله عنه ضمي الى الرجل رجلا أو الى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته * ولكننا نقول دليل التهمة تم الجائين من الوجه الذي قررنا فربما يكون ذلك في جانب الزوج أظهر لانها لما كانت في يده فالحا في يده من وجه أيضا فهو يثبت اليد لنفسه في المشهود به وكذلك بكثرة ما لها تردد قيمة ملكه فان قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقله ما لها وكثرة ما لها يان ذلك في مهر المثل فن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث على رضي الله عنه لان أبا بكر رضي الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها وكان للرد طريقان الزوجية وتقصان العدد فإشار الى أبعاد الوجهين تحرزا عن الوحشة وكذلك على رضي الله عنه علم أن أبا بكر رضي الله عنه لا يعمل بتلك الشهادة لتقصان العدد وكره انحسامها بالامتناع من أداء الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل ان شهادة على رضي الله عنه لها لم تشهر وانما المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح ولا العبد لسيده فهو يجمع عليه لان شهادة العبد لا تقبل لسيده ولا لغير سيده وحكي عن محمد بن سلمة رضي الله عنه قال كان يحيى بن أكرم رحمه الله أعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان اذا قال في شيء اتفق العلماء رحمهم الله على كذا نزل أهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء على أن العبد لا شهادة له وقد يروي أن عليا وزيدا رضي الله عنهما اختلفا في المكاتب اذا أدى بعض بدل الكتابة فقال على رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد رضي الله عنه لا يعتق ما بقي عليه درهم فقال زيد لعلى رضي الله عنهما أرايت لو شهد أن كان تقبل بعض شهادته دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر وعثمان رضي الله عنهما في العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعتق فاعادها فقال عثمان رضي الله عنه لا تقبل وقال عمر رضي الله عنه تقبل فذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة للعبد وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا شهادة للعبد وهذا لان في الشهادة معنى الولاية فانه قول ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق يبقى الولاية فلا صل ولاية المرء على نفسه فاذا كان الرق يخرج من أن يكون أهلا للولاية على نفسه فلي غيره أولى وقد استدلوا في الكتاب على أن العبد ليس من أهل الشهادة بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما

دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب لان خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعى الي ذلك بل لا يحل له ذلك لان منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن شريح رحمه الله انه قبل شهادة الاخ لاجيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد لوالده واستدل في الكتاب بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا بيك فطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وان مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ومثل ذلك لا يوجد في الاخوة وسائر القرابات ويجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاة ووالدته لان الرضاة تأثيره في الحرمة خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي (ألا ترى) أنه لا يتعلق به استحقاق الارث واستحقاق النفقة حالة اليسار والعسرة وبه يفرق بين الاخوة والولاد فالأخوة لا يتعلق بها استحقاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف الولادة والزوجة فانه يتعلق بهما استحقاق حالتي اليسار والعسرة ويجوز شهادة الرجل لام امرأته ولزوج ابنته لان المصاهرة التي بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط فاما ما سوى ذلك لا تأثير للمصاهرة فهي بمنزلة الرضاة أو دونه وعن ابراهيم رحمه الله قال لا تجوز شهادة المحدود في القذف وان تاب انما توبته فيما بينه وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبذلك يأخذ علماؤنا رحمهم الله وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه كان يقول انما يؤتية فيما بينه وبين الله تعالى فلما نحن فلا تقبل شهادته وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضى الله عنه وقد كان يقول لابي بكره تب تقبل شهادتك واستدل الشافعي رحمه الله بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا والاستثناء متى يعقب كلمات منسوبة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ما تقدم الاما قام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعنده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على أن الاستثناء لا ينصرف الى الجلد فيبقى ما سواه على هذا الظاهر مع أن عندنا الاستثناء ينصرف الى الجلد أيضا الا أن الجلد حق المقذوف فتوبته في ذلك أن يستغفبه فلا جرم اذا استغفاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه أن الموجب لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب لرد شهادته اما أن يكون نفس القذف أو اقامة الحد عليه أو سمة الفسق لا جائز أن يكون الموجب لرد شهادته نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فاعتبار الصدق لا يكون موجبا لرد الشهادة ولا ترد

الشهادة على التأيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تأثير للكذب في رد الشهادة على التأيد ولأن هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون أعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأيد ولأنه نسبة الغير إلى الزنا فلا يكون أقوى من مباشرة فعل الزنا وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأيد وهذا على أصلكم أظهر فأنكم تقولون قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته وإن لم يتب وبالاتفاق إذا تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة إقامة الحد عليه فإن ذلك فعل الغير به وتعتبر إقامة هذا الحد بإقامة سائر الحدود وهذا لأن الحد من وجه يقام تطهيرا قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها فلا يصلح أن تكون سببا لرد شهادته على التأيد وحاله إذا تاب بعد إقامة الحد عليه أحسن من حاله قبل إقامة الحد عليه فإذا بطل الوجهان صح أن الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقدرتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره في الديانات ولهذا قلت قبل إقامة الحد عليه لا تقبل شهادته عليه إذا لم يتب لأن الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك ستر الغفة على المسلم ولهذا لزمه الحد به والحد لا يجب إلا بارتكاب جريمة موجبة للفسق ولأن هذا محدود في قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذي إذا أسلم بعد إقامة الحد عليه ووجبنا في ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والا بدما لانهاية له فالتنصيص عليه في بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأيد ومعنى قوله لهم أي للمحدود في القذف وبالتوبة لا يخرج من أن يكون محدودا في قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من أن يكون منافقا والمراد بالآية شهادته في الحوادث لا ما يأتي به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام المحدود أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد إقامة الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه ادارك وهذه دار لك وفي التنكير ما يدل على أن المراد ما قلنا دون أربعة يشهدون له فإنه لو كان المراد ذلك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فإن المنكر إذا أعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام في المسئلة من طريق القياس فإن مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده وأصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متم له لا يسقط

أيضا ويان هذا أن نفس القذف لا يكون موجبا للحد كما قاله الخصم ولأن القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبه من القاذف اذا علم اضراره ووجد أربعة من الشهداء ليقم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينه ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع محجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء واليه أشار الله تعالى في قوله عز وجل ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم المعجز عن ذلك يظهر بما يظهر به المعجز عن الدفع في سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوب عليه في قوله تعالى فاجلدوهم والفاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعي رحمه الله في قوله صلى الله عليه وسلم وتغريب عام أنه من تمام حد البكر ولكن نقول هناك التغريب لا يصلح أن يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتيم الحد لانه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه فقيه معنى الزجر ثم حرمة القاذف باللسان ورد شهادته حد في المحل الذي حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقدوف وذلك في اهدار قوله أظهر منه في اقامة الحد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم للشارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لا يكون متمما للحد لانه دواء فلا يصلح أن يكون متمما للحد ثم حرف النفي في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لا يمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما يقول لغيره اجلس ولا تسكلم وأما قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون ليس بمطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى ويمحوا الله الباطل ويان أنه ليس بمطف أن قوله تعالى فاجلدوهم أمر بفعل وهو خطاب الامة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم نهى عن فعل وهو خطاب الامة أيضا وقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطا ولأن قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون يان لجريمتهم وازالة الاشكال أنهم لما أدي استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم يان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب بها والدليل عليه أنه لو كان هذا عطا لكان من الحد أيضا فينبغي أن لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع بالحد فلا تأثير للتوبة في الحد

وانما يستعظ عنده بعفو المقذوف ويستوى في ذلك ان تاب القاذف أو لم يتب وكان ينبغي أن يقال اذا تاب حتى حرم بنفسية أن لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحري والذي يوضح ما قلنا أن الثابت بالبص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن في البيان ولهذا الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده أو أنه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة الحد يصير محكوما بكذبه والتمهم بالكذب لا شهادة له فالحكم بالكذب أولى ويستدل بهذا في تعيين المسئلة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادة وبيان ما قلنا فيما روي ان هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سمعقال المسلمون الآن يجلده لال فتبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على أنه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وأن بطلان الشهادة من تمام الحد وتأويل قول عمر رضى الله عنه لابي بكره تقبل شهادتك في الديانات (الأتري) ان ماروى ان أبا بكره كان اذا استشهد في شئ قال وكيف تشهدنى وقد أبطل المسلمون شهادتى وهو أعلم بحاله من غيره فاما الذى اذا أقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به حده لانه كان من أهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادته لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد اذا أقيم عليه الحد ثم عتق لان العبد لم يكن أهلا للشهادة وتمام الحد يرد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتق فان عتق الآن ثم حده ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التى يقول ان خبر المحدود في القذف في الديانات تقبل وأما على الرواية التى يقول لا يقبل خبره في الديانات وهو رواية المتنفى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدلة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدلة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدلة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال فان (قال) القاذف عندى لا يكون أهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة (قلنا) لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من أهل الشهادة وفي قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ما يدل

على ذلك ثم مذهبه هذا من أقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا تصور رد شهادته ويتبين بهذا أن المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد لشهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه أنه أعمى فذكر ذلك لعل رضي الله عنه فرد شهادته وبه تأخذ وكان مالك رحمه الله يقول ان شهادة الاعمى مقبولة لان الاعمى لا يقدر في الولاية والعدالة فباعثارهما يجب قبول الشهادة ببيان أنه من أهل الولاية على نفسه فتتمدى ولايته الى غيره عند وجود سبب التمدي وهو أهل للعدالة لان زجاره عما يستقده حراما في دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان في الصحابة رضوان الله عليهم من هو أعمى وقد كان في الانبياء عليهم السلام من ابتلى بذلك فدل أن الاعمى لا يقدر في العدالة وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر في المنع من قبول شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها الى التمييز بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لان الاعمى لا يميز بين الناس الا بالصوت والنعمة فتتمكن من شهادته شبهة يمكن التحرز عنها بمنس المشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعانة لا شهادة للاعمى فاما فيما يجوز الشهادة فيه بالتسا مع قبول شهادة الاعمى لانه في السماع كالبصير وانما عدم آلة العينين ولكننا نقول في أداء الشهادة هو محتاج الى الاشارة الى المشهود له والمشهود عليه ولا يمكن من ذلك الا بدليل مشتببه وهو الصوت والنعمة وعلي هذا الاصل قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به وبعد صحة العلم انما يحتاج الى الحفظ والاعمى في ذلك كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى في ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذي يعلم أنه مصيب في ذلك يكفي لاداء الشهادة (ألا ترى) أن الاعمى يباح له وطء زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنعمة وأن البصير اذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة الى الميت في صحة أداء الشهادة فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا لا تقبل شهادته لحديث علي رضي الله عنه فانه لا يستفسر أنه وقت التحمل كان بصيرا أو أعمى وفي هذا الحديث دليل أن ذلك معروف بينهم حتى لم يخف على النساء ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول يحتمل

أن ذلك كان في الحد وأنا أقول في الحدود إذا عني قبل الاداء أو بعد الاداء قبل الامضاء فانه لا تعمل بشهادته لان الحدود تندري بالشبهات والصوت والنفمة في حق الاعمي تقام مقام المعاينة في حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى فيه أن في شهادة الاعمي تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف أنه يحتاج عند أداء الشهادة الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره وآلة هذا التمييز البصير وقد عدم الاعمي ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنفمة أو بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير أن يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته اذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمي في أداء الشهادة كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب وهذا بخلاف الوطاء فانه يجوز أن يعتمد فيه على خبر الواحد اذا أخبره ان هذه امرأته وقد زقت اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمي يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا في الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود فالمدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصى الميت وهو في ذلك قائم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد يتلى بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته لا تقبل والمدعي ما كان يعلم أن الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا في القصاص والحدود التي فيها حق العباد موجود وكما يعتد مع عظم حرمتها فلان لا يعتد في الاموال مع خفة حرمتها أولى ثم بماذى يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد في ذلك غير مقبول وقول المدعي كذلك والمدعي عليه منكر للمشهود به أصلا (قال) ويتصور هذا فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضى لسماع شهادته حتى عي أو كان القاضى يعرف الوقت الذي عي هو فيه وتاريخ المدعي سابق على ذلك ولا تجوز شهادة الاخرس لان أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى اذا قال الشاهد أخبر واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس ثم شهادة الاخرس مشبهة فانه يستدل بأشارته على مراده بطريق غير موجب لالم فتمكن في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوى من عبارة الناطق لو قال أخبر ولا تقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى أمر بالتوقف في خبر الفاسق بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ

فبينوا أن تصيبوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصديق لا يظهر في شهادة الفاسق لان اعتبار اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل انه كاذب في شهادته فلتعارض الأدلة يجب التوقف ثم لما لم يزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمة فالظاهر أنه لا يزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمة وعن أبي يوسف رحمه الله يقول اذا كان وجهها في الناس دأمر وة تقبل شهادته لانه لا يتمكن تهمة الكذب في شهادته فلو جاهته لا يتجاسر أحد من استنجاهه لاداء الشهادة ولمروته يتمتع من الكذب من غير منفعة له في ذلك والأصح ان شهادته لا تقبل لاز قبول الشهادة في العمل بها لا كرام الشهود كما قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمر بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت العاسق فالفه بوجهه مكفه ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلماذا لا تقبل شهادته ولا شهادة آكل الربا المشهور بذلك والمعروف به المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط أن يكون مشهورا به مقيما عليه لان العقود الفاسدة كلها ربا قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والانسان في العادة لا يمكنه أن يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد في جميع معاملاته فقد لا يهتدى الى بعض ذلك فلماذا لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا بأكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للعهد على ذلك وذلك تسقط عدالته وانما شرط الايمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يهتم بالشرب ولكن لا يظهر ذلك لا يخرج من أن يكون عدلا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكرانا يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالي من الكذب عادة ولا شهادة الخنث لانه فاسق ومراده اذا كان محتثا في الردي من أفعاله فأما اذا كان في كلامه لين وفي أعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة (الأنزى) ان هبت الخنث كان يدخل بيوت أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة أمر باخراجه ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر أن يكون قبله مع ذلك في عامة أحواله وأنه يقل نظره في سائر الامور ثم هو مصر على نوع لعب وقال صلى الله عليه وسلم ما أنا من در ولا الدرمنى والغالب أنه ينظر الى المورات في السطوح وغيرها وذلك فسق فاما اذا كان يمسك الحمام في بيته يستأنس بها ولا

يطهرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحما في البيوت مباح (الآ ترى) أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد ولا شهادة صاحب الغناء الذي يخادن عليه ويجمعهم والنائمة لانه مصر على نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المحازقة والاقدام على الكذب عادة فلماذا لا تقبل شهادته وأما المحدود في الحر والزنا والسرقه اذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه أجاز شهادة أقطع من بنى أسد فقال أنجز شهادتي فقال نعم وأراك لذلك أهلا وكان أقطع في سرقة وهذا لان التوقف في شهادته كان لفسقه وقد زال ذلك بالتوبة والتائب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من تمام الحد كان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود والزيادة على النص بالقياس لا تجوز مع أن هذا الحد ليس في معنى ذلك الحد لان باقاة حد القذف تتحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة الحد فاقامة الحد في حقه تكون تطهيرا اذا انضم اليه التوبة وقد قال الله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح الآية وقد قال صلى الله عليه وسلم التائب من الذنب كمن لا ذنب له واذا أعمى الشاهد أو خرس أو ذهب عقله أو ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ما شهد قبل أن يقضى القاضي بشهادته فان القاضي لا يقضي بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء الشهادة تمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقاضي لا يقضي الا بحجة فاعتراض هذه المعاني قبل القضاء يخرج شهادته من أن تكون حجة بخلاف الموت فان اقترانه بالاداء لا يمنع العمل بشهادته (الآ ترى) أن شاهد الفرع اذا شهد بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله شهادة أصحاب الاهواء جائزة وهو مذهب جميع أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواء وبين من لا يكفر في هواء لانهم فسقة ولا شهادة للفاسق والفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي (الآ ترى) أن أخبار أهل الاهواء في الديانات لا يقبل وهو أوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم أولى وفي الكتاب استدلل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضي الله عنهم فانهم اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك أن شهادة بعضهم على بعض كانت جائزة

مقبولة وليس بين أصحاب الأهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال وفي موضع آخر علل فقال أنهم للتعلم في الدين ضلوا عن سواء السبيل ووقعوا في الهوى وذلك لا يلحق تهمة الكذب بهم في الشهادة فمن أهل الأهواء يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يهتم باعتبار هذه الاعتقاد أن يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الإيمان فاعتقاده هذا يجعله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا أن شهادة الفاسق إنما لا تقبل تهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير شرب الميثاق معتقدا إباحته أو يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا إباحة ذلك فإنه لا يصير به مردود الشهادة إلا الخطائية من أهل الأهواء وهم صنف من الروافض يستجبرون أن يشهدوا للمدعى إذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد أن الإلهام حجة موجبة للعلم لا تقبل شهادته لأن اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار عن أهل الأهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندي أنه لا تقبل لأن المعتقد للهوى يدعو الناس الى اعتقاده ومنتهم بالنقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة في الماملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لا تقبل عند الشافعي رحمه الله لأن العداوة بينهما تجعله على النقول عليه ولهذا لم يجوز شهادة أهل الأهواء على أهل الحق فاما عندنا اذا كانت العداوة بينهما بسبب شيء من أمر الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فأما من يعادي غيره لمجازته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شيء من أمر الدنيا فهو أمر موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه اذا ظهر ذلك منه وشهادة أهل الاسلام جائزة على أهل الشرك كلهم لأن الله تعالى أثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولى ومن عرف منهم بالخيانة لم تجز شهادته أهل الأهواء وغير أهل الأهواء في ذلك سواء فالجور نوع جنون قال القائل في هذا المعنى ان شرخ الشباب والشعر الاسود مالم يعاص كان جنونا ثم لما جن تشدد غفلته على وجهه ينعدم به الضبط أو يقل وتظهر منه المجازفة فيما يقول ويفعل فيتهم بالمجازفة في الشهادة أيضا وشهادة أهل الشرك بينهم جائزة لبعضهم على بعض عندنا وقال

مالك والشافعي رحمهما الله لاشهادتهما علي أحد وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول اذا اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم علي بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لأهل ملة علي ملة أخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة علي أهل الملل كلها ولان عند اختلاف الملة يماذى بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لا تقبل شهادتهم علي المسلمين وعلي هذا كان ينبغي أن لا تقبل شهادة المسلمين عليهم الا أنأتركنا ذلك لعلو حال الاسلام قال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولاهم يمادون أهل الشرك بسبب المسلمون فيه محقون وهو اصرارهم علي الشرك فلا يقدح ذلك في شهادتهم بخلاف أهل الملل فاليهود يمادون النصاري والزماني يمادون اليهود بسبب هم فيه غير محقين قال الله تعالى وقالت اليهود ليست النصاري علي شيء وقالت النصاري ليست اليهود علي شيء وقال الشافعي رحمه الله الكافر فاسق ولا تقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى أفن كان مؤمنا كن فاسقا وقال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت الرطبة اذا خرجت من قشرها وسميت الفارة فوسيقة لخروجها من جحرها وسمى المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تماطيا والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادا فاذا ثبت أنه فاسق وجب التوقف في خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص أن يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه ان شهادته علي المسلمين لا تقبل وكل من لا يكون من أهل الشهادة علي المسلمين لا يكون من أهل الشهادة علي أحد كالعبيد والصبيان بل أولى فالعبد المسلم أحسن حالا من الكافر (الأثرى) ان خبره في الديانات يقبل ولا يقبل خبر الكافر ولان الرق من آثار الكفر فاذا كان أثر الكفر يخرج من الاهلية للشهادة فاصل الكفر أولى وقاس بالمرتد واستدل بطلان شهادته علي قضاء قاض المسلمين وعلي شهادة المسلم فلو كان من أهل الشهادة لقبحت شهادته في هذا اذا كان الخصم كافرا ووجبنا في ذلك قوله تعالى أو آخرا من غيركم أي من غير دينكم وهو بناء علي قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الى قوله أو آخرا من غيركم فقيه تنصيص علي جواز شهادتهم علي وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم علي وصية المسلم جوازها علي وصية الكافر وما ثبت بضرورة النص فهو كالمخصوص ثم انتسخ في لك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم علي المسلمين فقي حكم الشهادة فيما بينهم علي ما ثبت بضرورة النص فليس من ضرورة

انتساح شهادتهم على المسلمين انتساح شهادة بعضهم على بعض كالولاية ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهودين ديناً بشهادة أربعة منهم وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلى رضي الله عنهما في ذميين دنيا قالاً يدفنان إلى أهل دينهما ليحكم بينهما ومن ضرورة جواز حكم بعضهم على بعض والسلف رحمهم الله كانوا مجمعين على هذا حتى قال يحيى بن اكنم رحمه الله تنبعت أفعال السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أني رأيت لربعة فيه قولين والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف في قوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شيء والدليل عليه أنها تصح الانكحة فيما بينهم ولا نكاح الإبول والمسلم إذا خطب إلى كتابي أبنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تمدى ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبتت الأهلية للولاية تثبتت الأهلية للشهادة ثم المقبول يرجع جانب الصدق وذلك في انزجاره عما يمتقده حراماً في دينه والكافر منزجر عن ذلك فتقبل شهادته واسم العدالة والرضا ثبت في حق الكافر في المعاملات بصفة الأمانة فقد وصفه الله تعالى بذلك في قوله عز وجل ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار ولا يقال إنهم أظهروا الكفر عناداً كما قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلوً الآن هذا كان في الإخبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى توطأوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لاؤلك عندنا فاما من سواهم يمتقدون الكفر لأن عندهم أن الحق ما هم عليه قال الله تعالى ومنهم أُميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى وقال عز وجل وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا أن هذا لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة وإنما لا تقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وإنما لا تقبل شهادة العبد وانصبي لانعدام الأهلية والولاية وبه يتبين أن أثر الرق فوق تأثير الكفر في حكم الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيجعلهم ذلك على التقوى على المسلمين فهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين وأما المرتد فلا ولاية له على أحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قبول شهادة بعضهم على البعض ضرورة ولأن

المسلمين قل ما يحضرون معاملات أهل الذمة خصوصاً الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة بعضهم على البعض في ذلك أدي الى ابطال حقوقهم وقد أمرنا بمراعات حقوقهم ودفع ظلم بعضهم عن بعض فهذه الضرورة قلبنا شهادة بعضهم على بعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة في شهادتهم على المسلمين ولا في شهادتهم على شهادة المسلم أو على قضاء قاض مسلم وهذا على أصل مالك رحمه الله أظهر فانه يجوز شهادة الصبيان في الجراحات وتمزيق الثياب التي بينهم في الملاعب فقل أن يتفرقوا (قال) لان المدول لا يحضرون ذلك الموضع وبعد التفرق لا تقبل لان الظاهر انهم يلقنون الكذب وقد أمرنا أن لا نملكهم من الاجتماع للرب فيحصل المقصود بالزجر عن ذلك فلا حاجة الى قبول شهادة الصبيان في ذلك وكذلك جراحات النساء في الحمامات لانا أمرنا بمنعهم من الاجتماع لما في اجتماع النساء من الفتنة وكذلك الفسقة من أصحاب السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل المقصود بالمنع فاما هنا فقد أمرنا بمراعاة حقوق أهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا وأمواهم كاموالنا مع ان أصحاب السجون لا يخلون عن أمناء السلطان عادة وبناء الاحكام معلى عرف الشريعة دون عادة الظلمة ولا حجة لابن أبي ليلى رحمه الله في الحديث لان عندنا الكفر كله ملة واحدة قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا في ربهم وقال الله تعالى لكم دينكم ولى دين فمابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد لله تعالى والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم نبوة عيسى عليه السلام والقرىقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم التوحيد ظاهراً ودعواهم الاثني عشرية بعضهم على البعض كشهادة المسلمين على الكفار ولأن كان بعضهم يعادى البعض بسبب باطل فلم يصير بعضهم مقهور بعض ليحملهم ذلك على القول بخلاف الكفار فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على القول عليهم فلهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين فاما شهادة العبيد فقد بينا الاجماع فيها بين الفقهاء رحمهم الله وأما شهادة المسكاتب والمدبر وأم الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المسكاتب ولا يجوز شهادة المولى لاحد من هؤلاء لان شهادته للملكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك والحق له في المشهود به وكذلك شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء بمنزلة شهادته

للمولى وكذلك شهادة الزوج لامرأته الامة وشهادة المرأة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجة كوصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة واذا شهد المكاتب أو العبد أو الصبي عند القاضي بشهادة فردها ثم شهد بها بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالشهادة لا تتحقق الا بمن هو أهل بخلاف الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعادها بعد التوبة فانها لا تقبل لان المردود كان شهادة والفاسق لا يخرج من أن يكون أهلاً للولاية فلا يخرج من أن يكون أهلاً للشهادة وانما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب فاذا كان المردود شهادة فهي شهادة حكم الحاكم بطلانها بدليل شرعي فليس له أن يصحها بعد ذلك وبعضهم يشير الى فرق آخر فيقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويح شهادته فلا يوجد ذلك في الرقيق والصغير فانه ليس اليه ازالة الرق والصغر ولكن هذا ليس بقوي فالكافر اذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم ادعاها بعد الاسلام تقبل وهذا المعنى موجود فيه ففرقنا أن الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا واذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعينة والسمع والرق لا ينافي ذلك وعند الاداء هو أهل لشهادته ولا تهمة في شهادته فهو نظير الصبي اذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك الزوج اذا أبان امرأته ثم ادعى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحاً مع قيام الزوجية وعند الاداء ليس بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامرأته بشهادة فردها القاضي ثم أبانها ونكحت غيره ثم شهد لها تلك الشهادة لم يجز لان المردود شهادة فالزوج أهل للشهادة في حق زوجته وكذلك لو شهدت المرأة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فردة القاضي ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس بأهل للشهادة في حق أحد واذا شهد المولى لعبده بنكاح فردت شهادته ثم شهد له بها بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة فالمولى من أهل الشهادة ولو شهد كافر على مسلم فردها القاضي بها ثم أسلم فشهد بها جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة بخلاف ما اذا شهد كافر لكافر فردها القاضي لتهمة ثم ادعاها بعد ما أسلم لان هناك المردود شهادة وانما ردتها لتهمة الكذب فبعد ما ترجع جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط كما في شهادة الفاسق من المسلمين والله أعلم بالصواب

— الشهادة على الشهادة —

(قال رحمه الله ولا يجوز على شهادة رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل

وامرأتين عندنا وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد (لان الفرع قائم مقام الاصل) معبر عنه بمنزلة رسول في اتصال شهادته الى مجلس القاضى وكأنه محضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد على الواحد مقبولة ومذهبنا مروى عن على رضي الله عنه والمعنى فيه أن شهادة الاصل غابت عن مجلس القاضى فلا يثبت عنده الا بشهادة شاهدين كاتفاق المقر وهذا لانها شهادة ملزمة فيما يجب على القاضى القضاء بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة اذا كان متمكنا بخلاف رواية الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد فلا تتم حجة القضاء بهما كالمراأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وحجتنا في ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضى بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالاتفاق وهذا لان الفرعين عدد تام لنصاب الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول الاعلى أصل الحق فاذا شهدا على شهادة أحدهما ثبتت شهادته في مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم اذا شهد على شهادة الآخر ثبتت شهادته أيضا في مجلس القضاء اذا لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك بخلاف شهادة المرأتين فذلك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة والمرأتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنيين أحدهما أنه عنده علم المماينة في هذه الحادثة فلا يستفيد شيئا باشهاد الآخر اياه على شهادته في الثاني أن شهادة الفرع في حكم البديل ولهذا لا يبصار اليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته أو مرضه أو غيبته والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلا وبدلا في حادثة واحدة * توضيحه أن شهادة الاصل يثبت نصف الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته وشهادة الآخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة الواحد وذلك لا يجوز فاما اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت في الحاصل بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة في كتب

القضاة جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضى كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما يثبت مع الشبهات وانما الذى يندرى بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان (قيل) أليس أن اقامة الحد مستقطة لشهادته عندكم بطريق العقوبة (قلنا) ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه هو السبب الموجب للحد وهو القذف الا أنه ترتب عليه ليكون متمم له فلا يظهر قبله فاما فى الحقيقة القذف مع المعجز عن أربعة من الشهداء يوجب جلدا مؤلما ويبطل شهادته بناء عليه واذا شهد شاهدان على شهادة شاهد وقد خرس المشهود على شهادته أو عوى أو ارتد أو فسق أو ذهب عقله لم تجز الشهادة على شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة الاصول فاما الفرعى ينقل الى مجلس القاضى بعبارة شهادة الاصول فكان الاصلى حضر بنفسه وشهد ثم ابتلى بشي من ذلك قبل قضاء القاضى فكما لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة أهل الذمة على المستأمنين جائزة بخلاف شهادة المستأمنين على أهل الذمة لان الذمى من أهل دارنا حتى لا يتمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستأمن فشهادة الذمى على المستأمن كشهادة المسلم على الذمى وشهادة المستأمن على الذمى كشادة الذمى على المسلم وشهادة المستأمنين بعضهم على بعض تقبل اذا كانوا من أهل دار واحدة وان كانوا من أهل دارين كالرومى والتركى لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع بخلاف المنعوتين ولهذا لا يجرى التوارث بينهم بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم فيه اختلاف المنعة لا يختلف بالدار فاما دار الحرب ليس بدار أحكام فيه اختلاف المنعة تختلف بالدار وهذا بخلاف أهل الذمة فانهم صاروا من أهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان كانوا من منعة مختلفة فاما المستأمنون ما صاروا من أهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنون من اطالة المقام فى دار الاسلام (قال) ومن ترك من المسلمين الصلوات فى الجماعة والجمع مجانة لم تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به ولان الجماعة من أعلام الدين فتركها ضلالة (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه قال يوما لاصحابه قد خرج من بيننا من كان ينزل عليه الرحي وخلف فيما بيننا علامة يميز بها المخلص من المنافق وهى الجماعة فشكل من لقيناه فى

جماعة المسلمين شهدنا بإيمانه ومن لقيناه يتخاف عن الجماعة شهدنا بأنه منافق وإن كان ترك ذلك سهواً وهي لا تتم شهادته أجزت شهادته لأن ترك الجماعة سهو لا يوجب فسقه لأن السامى معذور في بعض الفرائض دونه أولى وإذا شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق أو على قضاء قاضى المسلمين على كافر لمسلم أو كافر لم تجز شهادتهما لأن المشهود به فعل المسلم ولا حاجة إلى فعل بيان المسلم بشهادة الكافر لأن فصل المسلم ييسر أثباته بشهادة المسلمين وشهادة العبد والامة في هلال رمضان جائزة عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله * وحببتنا فيه حديث الاعرابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتبر في ذلك إلا الايمان حيث قال أنشهدان لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى وإن الشهادة على هلال رمضان ليست بالزام للغير ابتداء بل هو التزام والزام المسلم الصوم في رمضان بإيمانه فهذه الشهادة تبين الوقت ولا يكون الالتزام فيها ابتداء ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة لأنه إذا كان يثبت بشهادة المسلمين شهادة المسلم فلان يثبت بشهادتهما شهادة الكافر وهي دون شهادة المسلم أولى وإن كان كافراً في يده أمة اشتراها من مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر أو مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يده بهيمة من مسلم أو صدقة وهذا في قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال أقضى بها على الكافر خاصة ولا أقضى بها على غيره وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله لأن الملك في هذا للكافر في الحال وشهادة الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من ضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق على البائع أو بطلان البيع كما لو أقر المشتري بها لانسان فإن الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل به البيع ولا فرق بينهما فإن القضاء بحسب الحجة والافرار حجة على المقر دون غيره فكذلك شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم ولا بى حنيفة ومحمد رحمهم الله طريقان أحدهما أن الملك بحجة اليينة يستحق من الاصل فهذا يستحق بزوائده ويرجع الباعة بمضهم على بعض باليمن وإذا كان أصل الملك للمسلم فهذه الشهادة إنما تقوم على استحقاق الملك على المسلم وشهادة الكافر ليست بحجة في ذلك كما قيل التملك من غيره وهذا لأن القاضى لا يتمكن من القضاء بملك حادث بعد شراء الكافر لأنه لا بد للملك الحادث من سبب حادث ولم يثبت عنده ولا يتمكن من القضاء بالملك من الاصل لأن هذه الشهادة ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فإن

الافرار يجعل في الحكم بمنزلة إيجاب الملك للمقر له ابتداء ولهذا لا يستحق به الزوائد المنفصلة
 فيتمكن القاضي من القضاء بملك حادث بعد الشراء والثاني ان هذه البيعة تقوم على ابطال
 تصرف المسلم من البيع والهبة (ألا ترى) أن الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البائع
 والواهب وشهادة الكفار على ابطال تصرف المسلم لا تقبل بخلاف الافرار فإنه لا يتضمن
 ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير مبلغا باقراره واتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان
 تصرف البائع فأما هنا بهذه البيعة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل وبهذا الاستحقاق
 يفوت قبضه ضرورة وفوات القبض المستحق بالمعدي بطل التصرف ولو مات كافرا وترك
 اثنين وألني درهم فاقسماها ثم أسلم أحدهما فشهد كافران على أبيهما بدين أخرت ذلك في
 حصة الكافر خاصة لان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وبثبوت الدين على الميت
 يستحق تركته وتركته مال الاثنين في الحال فيثبت الدين بهذه الحجة في استحقاق نصيب
 الكافر من التركة دون نصيب المسلم كما لو أقر أحد الاثنين بالدين على الاب وجحد الآخر
 ولو مات كافر فادعى مسلم وكافر دينا عليه وأقام كل واحد منهما بيعة من أهل الكفر أخذت
 بيعة المسلم وأعطيته حقه فان بقي شيء كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه
 الله ان التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت بينته دينة على الميت
 فان أقام كل واحد منهما حجة على الميت فكان الدينين يثبت باقرار الميت بخلاف ما تقدم
 فان الوارث مستحق عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الفرعين لا يستحق على صاحبه شيئا
 وانما يستحق كل واحد منهما على الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم ثبت
 في حق الميت وفي حق غريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم
 المسلم لان بينته ليست بحجة في حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة
 بينهما اذا كان دين أحدهما ثابتا في حق الآخر ودين الآخر ليس بثابت في حقه فهو بمنزلة
 الدين المقرب في الصحة مع الدين المقرب في المرض تقدم دين الصحة فان فضل شيء فهو للمقر
 له في المرض فهذا مثله ولو مات الكافر فأوصى الى رجل مسلم فادعى رجل على الميت دينا
 وأقام شهودا من أهل الكفر جازت شهادتهم استحسانا وفي القياس لا تقبل لانها لا تقوم على
 المسلم في الزام قضاء الدين فالوصى يلزمه قضاء الدين والتركة في يده في الحال فهذه البيعة
 تستحق عليه يده وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلما * ووجه

الاستحسان ان الثابت بهذه الشهادة تصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصي نائب عنه بعد موته فيكون بمنزلة الوكيل في حياته ولو وكل كافر مسلماً بمصومة فشهد عليه كافر ان بالدين قبلت البيعة * يوضحه ان قضاء الدين من حق الميت وهو انما نصب العبي ليتدارك به ما فرط في حياته وانما يتم له هذا المقصود اذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من الحجة لاحال الوصي فكذلك تجوز شهادة الكافر على المكاتب الكافر والعبد المأذون الكافر وان كان مولاه مسلماً يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان بهمة التصرف على أحد فلا استحقاق بهذه الشهادة يقتصر عليهما ثم المولى بالاذن وايجاب الكتابة فقد صار راضياً بالاستحقاق عليهما بشهادة الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضياً باستحقاق الكسب باقرارهما ولو كان العبد المأذون له مسلماً ومولاه كافراً لم تجز شهادة الكفار على العبد لانه يقوم الاستحقاق على المسلم ولو وكل كافر مسلماً بشراء أو بيع لم يجز على الوكيل في ذلك شهادة الكفار لان الوكيل بالشراء والبيع في حقوق العقد كالعاقدة لنفسه فانما تقوم هذه البيعة على المسلم ولو وكل مسلم كافراً بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقدة بنفسه ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة اقراره ولو شهد على اقراره بذلك قبلت الشهادة وجعلت بمنزلة ما لو ثبت اقراره بالمعينة فكذلك اذا شهد على العقد والله أعلم بالصواب

باب شهادة النساء

(قال رحمه الله ولا تجوز شهادة النساء وحدهن الا فيما ينظر اليه الرجال الولادة والعيب يكون في موضع لا ينظر اليه الا النساء) لان الاصل أن لا شهادة له للنساء فانهم ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل الى الهوي ظاهر فيهن وذلك يمكن تهمة في الشهادة وهي تهمة يمكن التحرز عنها بحسن الشهود فلا تكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك ولكننا تركنا القياس فيما لا يطالع عليه الرجال بالاثار وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضي الله عنهم قالوا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولان الضرورة تتحقق

في هذا الموضع فانه يتعلق به أحكام يحتاج الى بيانه في مجلس القاضى ويتسعدر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة النساء فيه لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة اذا كانت حرة مسلمة عدلا عندنا والمثنى والثلاث أحوط وعند الشافعى لا تثبت الا بشهادة أربع نسوة وعند ابن أبى ليلى شهادة امرأتين فالشافعى يقول كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة كما في المذكورات فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال وتوضيحه أن حال الرجال في الشهادة أقوى من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات شئ مما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالتزام فلان لا يجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة أولى ولا معنى لقول من يقول أن هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق قال في الكتاب لو شهدت أمة أو كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا أنه بمنزلة الشهادة في الحقوق وبهذا يستدل ابن أبى ليلى رحمه الله أيضا الا أنه يقول المعتبر في الشهادات شيان العدد والذكورة وقد تمذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة هنا ولم يتعذر اعتبار العدد فيبقى معتبرا كافي سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول ان نظر الواحدة أحق من نظر المثنى لانه بالاتفاق المثنى والثلاث أحوط فلو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة وحجتنا في ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى ما يتناوله الاسم والمعنى فيه أن هذا خبر لا يشترط في قبوله الذكورة ولا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وحقيقة المعنى فيه أن نظر الرجال الى هذا الموضع غير متمذرو ولا ممتنع ولكن نظر الجنس الى الجنس أحق فاذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار صفة الذكورية لهذا المعنى وهذا موجود في العدد فان نظر الواحدة أحق من نظر الجماعة فسقط اعتبار العدد بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية فيه لان نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة ولهذا لا يسقط اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة فينعدم من الشرائط ما يمكن اعتباره ولا يعتبر مالا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف نسلم أنه شهادة ولكن يدعي أنه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة وفي الحاصل هذا أحد شبهها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالتزام ومعنى الاخبار لان صفة الذكورة

فيه لا تشترط فوفرنا خطه على الشبهين وقلنا لشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه شرطا ويبقى معتبرا احتياطا كما في رواية الاخبار الواحد يكتفى والمثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنينة القلب ولاعتباره بالشهادات فيه شرطنا الحرية والاسلام ولفظ الشهادة وهذا لانه مختص بمجالس القاضى فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد بذلك رجل بأن قال فأجبتها فاتفق نظرى اليها والجواب أنه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في هذا الموضع ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فاذا كان ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فشهاد رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه قال وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا واستدلوا عليه بقول أبي حنيفة رحمه الله أن النسب لا يثبت الا بشهاد رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة ان لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا في كتاب الطلاق فاما الاستهلاك فاني لا أقبل فيه شهادة النساء عليه الا في الصلاة عليه فأما في الميراث فلا أقبل في ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تقبل في ذلك شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لحديث علي رضي الله عنه انه أجاز شهادة القابلة في الاستهلال والمعنى فيه ان استهلال الصبي يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفي صوته عند ذلك من الضعف ما لا يسمعه الا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجل كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستهلال صوت مسموع وفي الجماع من جال يشاركون النساء فاذا كان المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك في حالة لا يحضرها الرجال كالشهادة على جراحت النساء في الحمايات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من الام والرجال لا يشاركون النساء في الاطلاع عليه وحديث علي رضي الله عنه محمول على قبول شهادة النساء في الصلاة وانما قبلنا ذلك في حق الصلاة عليه لان ذلك من أمر الدين وخبر المرأة الواحدة حجة تامة في ذلك كشهادتهما على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد فلا يثبت بشهادة النساء في موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال والله أعلم

باب شهادة الزور وغيرها

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله أنه كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى أهل سوقه أن كان سوقياً وإلى قومه أن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول أن شريحاً رحمه الله يقرئكم السلام ويقول أنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس) وبهذا أخذ أبو حنيفة رحمه الله فقال القاضي يكتفى في شهادة الزور بالتشهير ولا يميزه وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطاً وقال أبو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً وقد بينا الكلام في مقدار التعزير في كتاب الحدود فأما الكلام في التعزير في حق شاهد الزور فهما استدلالاً بحديث عمر رضي الله عنه حيث قال في شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً ويسخيم وجهه ويطاف به إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فإن ذلك مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالسكب العقور فبقي حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به ثم التشهير لأعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة فشهادة الزور من أعظم الكبائر فإنها عدت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وفيه إشارة إلى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة على نفسه بالزور وإذا ثبت أنه مرتكب للكبيرة قلنا يميزه على ذلك وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بقول شريح رحمه الله فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك من حقهم فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته فلم يميز ولا يكتفى بالتشهير ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لا تقي بجرمته لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لا تقي بجرمته فيكتفى به وما نقل عن عمر رضي الله عنه محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا ينزجر إلا به (ألا ترى) أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه فكذلك التقرير (قال) وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لأنه لا تمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه فلا طريق إلى ثبات ذلك بالبينه عليه لأنه نفي لشهادته والبيئة حجة للإثبات دون النفي وكذلك من ردت شهادته

تهمة أو للدفع عن نفسه أو باختلاف في الشهادة أو بتكذيب الذي شهد له فإنه لا يكون
 شاهدا لزور فيما ذكرنا من الحكم لأنى لأدري أيهما الصادق المشهود له أو الشاهد فعمل
 المشهود له أراد بالشاهد المقوبة والتهمة تقتصر في دعواه عما شهد به شاهده وكذلك من
 ردت شهادته لتهمة فلعله صادق في شهادته وإذا اختلف الشاهدان في الشهادة فلا يعرف
 الكاذب منهما فلماذا لا يزرز واحد من هؤلاء الرجال والنساء وأهل الذمة في شهادة الزور
 سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور وإذا شهد أحد الشاهدين علي
 قتل أو جراحة ممدداً أو خطأ وشهد الآخر على الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما باختلاف
 المشهود به فأحدهما يشهد بفعل معين والآخر يقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك
 لو اختلفا في الوقت أو في المكان الذي كان به القتل فأما في البيع اختلف الشهود في المكان
 والزمان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول الشهادة الا على قول زفر رحمه الله فإنه يقول لا تقبل
 لاختلافهما في المشهود به فالموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر كالافعال ولكننا نقول
 القول يما دويكرر ويكون الثاني هو الاول في الحكم فهذه الاختلاف لا يتحقق بينهما
 اختلاف في المشهود به وكذلك صيغة الاقرار والانشاء في البيع واحدة بخلاف الافعال
 فإنها لا تحمل التكرار ولو شهد أحدهما في قرض مائة درهم وشهد الآخر على الاقرار بذلك
 جاز كما في البيع لان البيع والقرض كلام كله وقال بعضهم هنا الجواب في القرض غلط فان
 الاقراض فعل فإنه لا يتحقق الا بتسليم المال والقبض بحكم القرض موجب ضمان المثل كالفصب
 وكما ان اختلاف الشهود في الفصب في الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك في
 القرض ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم
 المال اليه فان تسليم المال اليه بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله أقرضتك صيغة الاقرار
 والانشاء فيه واحد كما في البيع ولو شهد أحدهما على مائة والآخر على خمسين لم تقبل هذه
 الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظا وعند أبي يوسف
 ومحمد رحمهما الله تقبل على الأقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر حتى لا يصير مكذبا أحد شاهديه
 وقد بينا في كتاب الطلاق في التطليقة والتطليقتين ولا يجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما
 أو جار اليها مغما لانه متهم في شهادته وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانه في معنى
 الشاهد لنفسه وشهادة المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه في شيء ما خلا

الحدود والقصاص والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه بمنزلة الاجنبي وأما في الاموال هما بعقد المفاوضة صار في ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا غير متفاوضين لا تجوز في تجارتهما للتهمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لو كيله فيما وكله به فأما فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الاجانب لان تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فان بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق اذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله على ذلك بالشهادة وكذلك شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير لاستاذة لا تجوز في شيء وان كان عدلا أخذ في ذلك بالثقة واستحسن لما بلغنا في ذلك عن شريح رحمه الله وحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة الى التهمة فالاجير هنا هو التلميذ الخاص وقد ظهر مثله الى استاذة واشاره على غيره فكان بمنزلة الزوجية في المنع من قبول الشهادة ولانه هو الذي يقبض ما يجب لاستاذة فكانه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث بأن لا شهادة للقانع بأهل بيته ومعنى ذلك انه يمد خيرهم خیر نفسه وشرهم شر نفسه والاجير في حق استاذة بهذه الصفة وقيل مراده أجير استأجره مسانحة أو مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفي الزمان الذي يسلم نفسه لاداء الشهادة يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استؤجر على أداء الشهادة فلن لا تقبل شهادته لاستاذة في شيء ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابنه ان الطالب أبرأ أباهما واحتال به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب عن أبيهما فدفعهما عن أبيهما كدفعهما عن أنفسهما ولو كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى الحوالة والبراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب وهو اجنبي عنهما فلن قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان أن لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما لانهما شاهدان لا أنفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك أو ينصرف واحد يثبت به المال لهما ولفلان فاذا لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما وكان مدعين في ذلك فكذلك في حق الثالث كما لو شهدا أنه قذف هذا وأمنا في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا أن فلانا أبرأهما

وفلانا من مال كان له عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو في حقهما دعوى لاشهادة
وبين الدعوي والشهادة مغايرة فاذا كان كلامهما دعوى في البعض لا تكون شهادة معتبرة
في الباقي وكذلك شهادة ولدهما لانهما في البعض يشهدان لوالديهما ولا يجوز شهادة الاجير
لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه واذا ادعى رجل دابة في يد رجل فقال هي دابة فلان
دفعها الى وديعة فردها عليه وجاء أحد الورثة فخاصمه في ذلك وقال هي دابتي تصدق بها
على أبي فجاء الذي كانت في يده أولا وشهد أنها دابته (قال) ان كان يعلم ان هذا أودعها أباه ثم
ردها عليه فشهادته جائزة والا فلا تجوز شهادته لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه اذا علم
أنه هو الذي أودعها اياه وانه قد ردها عليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المستودع يستفيد
البراءة بالرد على من أودعه غاصبا كان أو مالمسكا فلا تتمكن تهمة في شهادته بالملك للمدعي بعد
ذلك وأما اذا لم يعلم ذلك فقد صار هو مقراً على نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان
عليه لملكها مالم تصل يده اليها فهو بهذه الشهادة يريد اتصالها الى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها
فتتمكن تهمة في شهادته (قال) وكذلك الدار قيل هذا على قول من يقول المقار يضمن بالنصب
وقيل بل هو قول الكل لانه يخاف أن يرفع الى قاض يرى المقار كالمقول في ايجاب الضمان
على مثبت اليد عليها فيقضى عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغرم على نفسه أيضا رجل
معشاة فر رجل فقال اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فأقام البينة ان هذا أغصبها منه وأقام
شاهدين أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغرم عن نفسه فالدعي اذا ثبت ملكه
يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقراً بالضمان له عن نفسه فانما يقصد باخراج
الكلام مخرج الشهادة دفع المغرم عن نفسه بان يتوصل صاحبها الى حقه في تضمين الغاصب
ولان ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب فهو بهذه الشهادة يريد أن يقرر الضمان
على من أمره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك أمره في اسقاط الضمان عن الذابح فكان
دافع المغرم من هذا الوجه والثاني يحتمل ان المالك غيره وغيره يضمنه وهو لا يضمنه باعتبار
ان بينهما محبة ومودة فقد تمكنت التهمة في هذه الشهادة (قال) ومن التهاثر أن يشهد الشاهد ان
ان هذا الشيء لم يكن له لان هذا نفي والشهادة للاثبات دون النفي فان النفي مما لا يعرف لان
الانسان مالم يصحب غيره أثناء الليل وأطراف النهار لا يعلم ان هذا الشيء ليس له وهو وان
صحبته لا يعلم ذلك أيضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بأن يكون ورث شيئا فيكون

مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فاذا كان لا يعرف هذا من نفسه فكيف يعرف غيره منه وكذلك لو شهد أنه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق الى معرفة ما شهد به من نفي الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا أنها لم تكن وان فلانا لم يصنع كذا وانه لم يحضر مكان كذا وان كان يمكن كذا فهو كله باطل لان القاضي يعلم أنه مجازف في شهادته اذ لا طريق له الى معرفة ذلك حقيقة فاذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب أو مجازف في شهادته لا تقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفي وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه في ذلك المكان وانما المقصود نفي كونه في المكان الذي يدعيه المدعى يومئذ والمعتبر ما هو المقصود أو من التهاثر ان يقيم الرجل البينة على حق فيقضى له به فيقول القاضي عليه أنا أقيم بينة أنه لي فهذا لا يقبل منه لانه يقيم البينة لا بطلان قضاء القاضي عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينة عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء يمتنع القاضي من القضاء للمدعى فلان لا يبطل القضاء بها أولى (قال) ولو قبلت مثل هذا القبلت من الآخر مثلها فيؤدى الى مالا يتناهى وذكر في الاصل المسئلة التي بينها في كتاب الحدود اذا شهد أربعة على شهود الزنا أنهم التزماء وقد بينها ثمة والله أعلم

باب الشهادة في النسب وغيره

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل انه فلان ابن فلان القلاني وان الميت فلان ابن فلان ابن عمه وورثته لا يملكون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار في يد رجل وهو مقر أنها له غير أنه لا يعرف له وارثا فانما أجزى شهادة هؤلاء على النسب وأدفع اليه الدار وان كانوا لم يذكر وأباه استحسانا) وهذه فصول أربعة النسب والنكاح والقضاء والموت وفي القياس لا تجوز الشهادة في شيء منها بالتسامع لان الشهادة لا تجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعاينة السبب أو بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم وقال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وحكم المال أخف من حكم النكاح فاذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففي النكاح أولى وفي التسامع القاضي والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضي أن يقضي بالتسامع فكذلك لا يجوز للشاهد الا أنا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك

واستحسنهم (ألا ترى) أنا نشهدان عمر بن الخطاب وعلى ابن أبي طالب رضي الله عنهما ماتا ولم ندرك شيئا من ذلك ونشهد أن فاطمة رضي الله عنها زوجة علي رضي الله عنه وإن اسما بنت أبي بكر رضي الله عنه ونشهد أن شريحا رضي الله عنه كان قاضيا ونشهد أنهم قد ماتوا ولم ندرك شيئا من ذلك ثم هذه أسباب يقضون بها على ما يشتهر فإن النسب يشتهر فيها بالتهنئة والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والولاية والقضاء بقراءة المنشور فنزلت الشهرة منزلة الميان في افادة العلم بخلاف الاموال وغيرها يوضحه ان هذه الامور قل ما يمين سببها حقيقة فسبب النسب الولاية ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يمين ذلك الا الخواص من الناس والميت أيضا قل ما يمينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى الى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل واحد وسبب الملك هو اليد وهو ما يمينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص فلماذا لا تجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التي تتعلق بهذه الاشياء الاربعة تبقى بعد انقضاء قرون فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتمطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة ولكن على شرائط الوقف لا تجوز الشهادة بالتسامع لان أصل الوقف يشتهر فأما شرائطه لا تشتهر ولا بد للشاهد من نوع علم ليشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا أن المدعي أخبره بذلك أو شهد به عنده رجل ما ينبغي له أن يشهد حتى يكون النسب مشهورا أو شهد به عنده رجلان عدلان لئلا يقول المدعي بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا يتم شرعا وانما ثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا أو شرعا فلا اشتهار عرفا بأن يعلمه أكثر الناس والاشتهار شرعا بشهادة رجلين (ألا ترى) ان الاعلان في النكاح شرط ويكون ذلك شرعا بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما في الشهادة عند القاضي فاذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشهاد عنده شرعا وولاية الشهادة دون ولاية القضاء فاذا كان يجوز للقاضي أن يقضى بشهادة رجلين عنده فلان لا يجوز له اذا شهد عنده به رجلان عدلان أولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له وأقام معه دهرًا لم يسمعه أن يشهد على نسبه حتى يلتقي من أهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه يشهدان له على ذلك ثم يسمعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كاف فيما لا يشترط

عليه معانة السبب ولو نظر الى رجل مشهود باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يتكلم معه وسعه أن يشهد انه فلان ابن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك اذا رأى انسانا في مجلس القضاء يفتى بين المسلمين فهو في سعة من الشهادة على انه قاضيا لحصول العلم له بذلك الاشهاد والشهادة انما تجب عليه بالعلم لا بالتكلم والمخالطة فاذا حصل العلم له بالاشهاد حل له أداء الشهادة ولومات رجل فأقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان ابن فلان حتى يلتقوا الى أب واحد وهو عصيته وأقاربه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالمراث لانه أثبت سبب الورثة مفسراً بالحجة فان جاء آخر وأقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا أبوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وأبطلت القضاء الاول لان البينة الثابتة طاعنة في البينة الاولى دافعة لها فانه يتبين بها أن الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم فلها يبطل القضاء الاول وان أقام الثاني البينة ان الميت فلان ابن فلان ونسبه الى أب آخر وقبيلة أخرى وانه فلان ابن فلان ابن عمه الى أب واحد لا وارث له غيره لم أحول النسب بعد أن ثبت من نخذ من أب الى أن يحىء من هو أقرب من الذي جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة في الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى ترجح الاولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبته وهو كمن ادعى دابة في يد انسان أنها له ثم أقام البينة فقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة أنها له لم يقبل ذلك منه ولو أقام البينة على النتائج قبل ذلك منه لان هذه البينة طاعنة في البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان أقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضي له بذلك ثم أقام آخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ أيضا لم تقبل ولو أقام البينة على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة في البينة الاولى واذا شهد شاهدان أن هذا أعتق فلانا وانه مولاه وعصيته لا وارث له غيره فان كان قد أدرك المعتق وسمع العتق منه وشهادتهما جائزة وان كان لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية أبي حفص رحمه الله فلا وهذا قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال اذا شهدوا على ولاء مشهور فهو كشهادتهم بالنسب وان لم يسمعا ذلك منه ولم يدركوه لأن الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة

جائزة فكذلك على الولاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن بينهما فقال الولاء لهما كلحمة
النسب (ألا ترى) انا نشهد ان قنبر مولى على رضى الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله
عنهما وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضي قرن كالحكم المتعلق بالنسب
فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامح تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء والشرع جعل الولاء
كالنسب في حق وجوب الانتماء فقال صلى الله عليه وسلم من انتسب الى غير أبيه أو انتسب
الى غير مواله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا ووجه
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامح
كاليبيع وبيانه فيما قررنا ان المتق كلام يسمعه الناس كاليبيع وليس كالولادة فلا حاجة الى اقامة
التسامح فيه مقام البيئة ثم لا يقتزن لسبب الولاء ما يشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به
غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا يتقدم ما لم يعلم به المشتري والعق نافذ وان لم يعلم المتق
بخلاف الطلاق وما تقدم لانه مقتزن بأسبابها ما يشتهر من الوجه الذي قررنا وكذلك لو شهدوا
ان فلانا أعتق أبا فلان وان فلان ابن فلان عصبة فلان الذي أعتق وعصبة فلان المتق فاني
لا أجزر شهادتهما حتى ينسبا الذي أعتق وعصبته الى أب واحد يلتقيان اليه وان لم يدركا ذلك لم
يضرهما بعد ان يشهدا على سماع المتق من الممتق ثم ان الممتق مات وترك ابنة ثم مات ابنه ولا
يلمان له وارثا غيره وانه لا ينسب له ولا ولاء سواء فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا
يقضى بالميراث ما لم يفسروا بنسب الورثة وانما يسير مفسرا معلوما عنده بما ذكر غير ان في
النسب شادتهم بالتسامح مقبولة وفي الولاء لا تقبل شهادتهم ما لم يسمعا العتق من الممتق الا
عند أبي يوسف رحمه الله كما بينا قال ولست أكلفهم في الموارث انه لا وارث له غيره وقال
ابن أبي ليلى رحمه الله ما لم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضي بالميراث له لان سبب استحقاقه
لا يصير معلوما للقاضي الا به لجواز أن يكون هناك من يزاحم أو يرجع عليه فلا يكون
هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب ولكننا نقول قولهم لا وارث له غيره نفي
لا طريق لهم الي معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا
وحملهم على الكذب واليه أشار في الكتاب (فقال) من قبل ان هذا عيب بحملهم القاضي عليه أو
قال غت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم انهم يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لانهم له وارثا
غيره فهذا يكفى وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا يكفى لان هذا ليس من الشهادة في

شيء فأنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم ونحن
نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذي أثبتته الشهود
مفسراً الا أنهم اذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضي أن يتلوم فرمما يظهر وارث آخر
مزاحم له أو مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضي مؤنة التلوم ونظروا في ذلك لأنفسهم
فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لأنهم لو قالوا لا وارث له غيره كانوا مجازفين في ذلك فتحرزوا
بقولهم لا نعلم له وارثاً غيره وفي الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من سباب التحرز عن
الكذب لا يكون قدحاً في شهادتهم ولو شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً بأرض كذا وكذا غير
فلان جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يحز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
حتى يقولوا مبهم لا نعلم له وارثاً غيره لان في تخصيصهم مكاناً ايهاا انهم يعلمون له وارثاً في غير
ذلك المكان أرأيت لو قالوا لا نعلم له وارثاً سواء في هذا المجلس أكان يقتضي بالميراث لهم
وأبو حنيفة يقول هذا اللفظ مبهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلده كذا
ومولده كذا ومسقط رأسه كذا ولا نعلم له به وارثاً غيره فأحرى أن لا يكون له وارثاً آخر في
مكان آخر ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكور في هذا اللفظ لغو لأن ما لا يعلم المرء لا يختص
بمكان دون مكان فهو وما لو أطلقوا سواء وقولها ان هذا ايهاا فلان كان كذلك فهو مفهوم
والمفهوم لا يقابل المنطوق والاصل في ذلك ما روي ان ثابت بن الدجذاح لما مات قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لأهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسباً قالوا لا الا ابن أخت له فجعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته ابن لبانة بن عبد المنذر رضي الله عنه فقد
ذكروا أنهم لا يعرفون له فيهم وارثاً ونسباً ولم نكافهم أكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولواء
رجل واحد فأقام كل واحد منهما بيعة أنه أعتقه وهو يملكه ولا يعلمون له وارثاً غيره جعلت
الولاء بينهما والميراث لهما استويا في سبب الاستحقاق والولاء إما أن يعتبر بالنسب ولو
أقاما البيعة على نسبه كان الميراث بينهما لاستهوائهما في النسب أو يجعل الولاء كالمالك لانه
أثر من آثار الملك واذا استويا في اقامة البيعة على الملك يقضي بالملاك بينهما نصفان فان أقام
أحد هما بيعة قبل صاحبه وقضيت له ثم أقام الآخر بعد ذلك بيعة لم تقبل منه ولم يشارك
الاول لان الولاء كالنسب من حيث انه لا يحتمل النقص والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص
الى شخص ثم في النسب اذا ترجح البيعة الأولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك فكذلك

في الولاء ولو شهد رجل على رجل ان مولاه اعتق أمه ثم ولدت بعد العتق لستة أشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضي له بالولاء ثم جاء مولى العبد وأقام البينة انه كان أعتق أباه فلان قبل موته وهو لا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاء لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا ذلك حكمنا بجر الولاء الى قسوم الأب فكذلك اذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس في هذه البينة ابطال القضاء الأول فان القضاء الأول كان قضاء بالولاء لمعتق الأم لانه لا ولاء له من قبل الأب وهو صحيح ثم بقي ذلك الولاء عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود الدليل المنفي فاذا ثبت الثاني الدليل المحول بينته وجب القضاء بالولاء والميراث له بخلاف الاول فهناك البينة الثانية تقوم لا ببطال القضاء الاول بطريق المعارضة وقد بينا ان عند المعارضة الاولى يترجح بالقضاء فان تقضى القضاء بدليل محتمل لا يجوز واذا شهدا على موت رجل وأقرانها لم يعاينا ذلك لم تجز الا أن يكون مشهور الموت لانه اذ لم يكن مشهورا وأقرانها لم يعاينا فقد أقرانها يشهدان بغير علم واذا كان مشهور الموت فانما يشهدان بما يعلمانه بالشهرة وان قالوا نشهد بأنه مات أجزت ذلك والا استفسرهما لان مطلق الشهادة يجب حملها على سبب صحيح كما لو شهد بمطوق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسران أنهما يشهدان بذلك بظاهر اليد أو غيره وكذلك ان قال نحن دفناه أو شهدنا جنازته فهذا منهما شهادة بموته لان الحى لا يدفن ولا يصلى على جنازته واذا أخبر الرحل المديون به أو المرأة انه عين موت فلان فالذى انتهى اليه الخبر في سعة من يشهد على موته قيل معنى هذا اذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فأما اذا لم يسمعه إلا من هذا الواحد فانه لا يجوز له أن يشهد بموته كما في النسب والنكاح وقد بينا وقيل بل في الموت يسمعه ذلك اذا كان الخبر ثقة موثوقا به لان أمر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من نفسه ثم يخبر الناس بذلك فيتعمدون خبره ويعلمون انه صادق في مقالته فيجوز له أن يعتمد هذا الخبر في الشهادة على موته واذا جاء موت الرجل من أرض أخرى فصنع أهله ما يصنعون على الميت فانه لا يسمع أحد أن يشهد على موته حتى يخبر به من شهد به ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة أنه باطل فلا يعتمد حتى يخبره من يثق به عن معاينة فاذا أخبره بذلك وسمعه أن يشهد (ألا ترى) انه لو مات ميت فأخرجت جنازته حتى يدفن وسمع الجيران أن يشهدوا بموته وان لم يعاينوا فلك لانهم سمعوا

ذلك مما عاين واذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية وأقام معها أياما ثم ماتت فانه
يسمع الجيران ان يشهدوا على أنها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما أوجب
تشهيره أرايت لو كان بينهما ولد أما كان يسمهم أن يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة
فاذا كان يجوز هذا فيما ينبى على النكاح فكذلك فى النكاح واذا شهد شاهدان أن فلانا مات
وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا غيره ولم يدركوا فلانا الميت
فشهادتهم باطلة لانهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا
يخلفه وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع واذا كان القاضى يعلم أنهم لم يدركوا فلانا
الميت فقد علم أنهم جازفوا فى هذه الشهادة وبهذا يستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فى مسألة
الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للعتق الا أن يكون مالكا فهم يشهدون بالملك له أو
لا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله فى الوقف
ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لا يدرك الواقف لا تقبل لانه ما لم يثبت الملك للواقف لا يثبت
الوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان أكثرهم على جواز ذلك فى الوقف
استحسانا للضرورة الداعية الى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأيد فى صدقته ولو شهدوا
على دار فى يدى رجل أنها دار جده هذا المدعى وخبطته وقد أدركوا الحد لم تجز شهادتهم ما حتى
يجيزوا الموارث لان المدعى يحتاج الى اثبات سبب انتقال الملك اليه من الجد وبثبوت الملك
للجد لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضى من القضاء له حتى يجيزوا الموارث ولو شهد
على اقرار الذى فى يديه أنها دار جده هذا أجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره
لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل
به القضاء بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضى ولا يتمكن القاضى من القضاء
الا بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسئلة ما بينا فى كتاب الدعوى أنهم اذا شهدوا أنها
كانت لأبنة وقد مات أبوه لا يقضى له بشىء الا فى قول أبى يوسف الآخر بخلاف
ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد بأنها كانت لابنة وكذلك لو شهدوا أنها كانت من يد المدعى
لا يستحق بهذا شيئا بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد أنها كانت فى يد المدعى وفى
الكتاب أشار الى الفرق وقال اذا أقر ذو اليد بهذا فقد أخرجهما من نصيبه فيخرجها من
يده الا أن يأتى ببينة بحق له فيها واذا أخرجهما من يده فلا مستحق لها سوى المدعى فتدفع

اليه واذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعى شيئا اذا لم يحيزوا الموارث اليه وهذا في الحقيقة اشارة الى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضى واذا كانت الدار في يد رجل فأقام ابن أخيه البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثا لابن الابن وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان أباه مات وترك نصيبه منهما ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره وان أقام الآخر البينة ان أخاه مات قبل أبيه وان أباه قد ورث منه السدس ثم مات أبوه فورته هذا فاني أقبل شهادة شهود ابن الأخ لانه هو المدعى ومعنى هذا انه هو يثبت الملك لنفسه في نصف الدار بينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن يثبت بيئته ما أثبت هو من نصف الدار لنفسه والبيانات للاثبات لا للنفي * يوضحه انا اذا قبلنا بيئته ابن الأخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه في نصف الدار واذا قبلنا بيئته ذى اليد لا يصير ابن الأخ مقضيا عليه في شيء والقضاء يستدعى مقضيا عليه وكانت بيئته ابن الأخ أولى بذلك فان كان لأب الفلام ميراث من تركته سوى الدار لم أقبل بيئته واحد منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه بينته شيئا في يد ابن الأخ وهو نصف الدار والاخر سدس تركته أخيه التي كانت في بدايه بطريق الميراث له من أبيه وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بيئته صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والأصل ان كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يحمل كأنهما وقعا معا (ألا ترى) ان الأب والابن اذا غرقا جميعا في سفينة أو وقع عليهما بيت ولا يعلم أيهما مات أولا لم يرث واحد منهما صاحبه فكذلك هنا لما تحققت المساواة بينهما في التاريخ جعلنا كأنهما ماتا معا فيكون ميراث كل واحد منهما لا يذهب فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو أقام رجل البيئته على ميراث رجل انه مات يوم كذا وهو ابنه لا راث له غيره وأقامت امرأة البيئته انه تزوجها يوم كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فاني آخذ بيئته المرأة لانها تثبت المهر والميراث فلا بد من قبول بيئتها على ذلك ثم بينتها طاعنة في بيئته الابن على تاريخ الموت فن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو أقامت امرأة أخرى البيئته بعد ما قضيت بموته في يوم وورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذي ذكروا فيه موته قبلت ذلك أيضا لان هذه الأخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها طاعنة في البيئته الأخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث أقام البيئته ان فلانا قتل أباه يوم كذا قضيت بذلك ثم أقامت المرأة البيئته انه تزوجها بعد ذلك اليوم ثم التفت الى بيئتها

قال لان القتل حق لازم والموت ليس فيه حق لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجه من قصاص أودية فكانت بينته مثبتة وبينه المرأة على النكاح أيضا مثبتة للمهر والميراث لها فلما استويا في الاثبات وترجحت بينة الابن باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق المعارضة فاما في الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما بقي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينه المرأة تثبت وقد بينا ان النافي من البنتين لا يعارض المثبت فيترجح بينهما ويتبين به بطلان الطلاق الاول كما اذا أثبت سبب إرث مقدم على ما قضى القاضي به * بوضع الثرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا في زمان فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه في ذلك الزمان بالبينة لا ثبات حكمه فأما الموت ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يمكنه من اثبات خلافة لنفسه بعد موته وفي ذلك لا فرق بين موته في وقت دون وقت ثم الاصل ان بعد المساواة في الاثبات اذا تيقن القاضي بالكذب في احدي البنتين وقد اتصل القضاء باحدهما فانه يعين الكذب في الأخرى (ألا ترى) انه لو قامت عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بملكة فقضى القاضي بها ثم شهد شاهدان آخران انه تزوج هذه الأخرى يوم النحر في ذلك اليوم بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح جانب الصدق في البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتمين الكذب في البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسألة القتل والله أعلم

باب طعن الخصم في الشاهد

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان لرجل حقا من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فاني لأقبل شهادتهما حتى أعلم انهما حران) لان الناس أحرار الا في أربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل كذا مروى عن علي رضي الله عنه وتفسيره في الشهادة هذا وفي الحد اذا قذف انسان ثم زعم القاذف ان المقذوف عبده فانه لا يحذف القاذف حتى يثبت المقذوف حرته بالحجة وفي القصاص اذا قطع يد انسان ثم زعم انقاطع ان المقطوعة يد عبده فانه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حرته بالحجة وفي القتل اذا قتل انسان خطأ وزعمت العاقلة انه عبد فلان فانه لا

تقبض عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته وهذا لان ثبوت الحرية لكل أحد باعتبار الظاهر إما لان الدار دار حرية أو لان الاصل في الناس الحرية فانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كان حرين الا ان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ويقال ما عرف ثبوته ليس بدليل منفي بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعى ولا يستحق به حتى اذا كانت في يده جارية ولما ولد في يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها اذا عرفنا هذا فنقول في الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد الظاهر ولا يكفي لذلك وكذلك في القذف الزام الحد على القاذف في القصاص وايجاب العقوبة على القاطع وفي العقل ايجاب الدية على الماكلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك فان قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما حتى يأتيان بالبينة على ذلك وانما أراد به انه لا تقبل شهادتهما فأما في قولهما انا أحرار لم نملك مصداقاً في حقهما بطريق الظاهر ولكن لا تقضى بشهادتهما حتى يقيم البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاخبراهما حران فقبل ذلك وأجاز شهادتهما كان حسناً لان حريتهما من الاسباب التي تعمل شهادتهما الا بها بمنزلة العدالة فكما أن العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والباب الاول أحب الي وأحسن يعني الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا تثبت بدون الحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجري فيهما الخصوصية وطريق الاثبات في مثله البينة فأما العدالة لا تجري فيها الخصوصية فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله والحاصل ان الحرية في هذه الحالة أخذت شبهتين من أصليين من العدالة لانها من أسباب قبول الشهادة ومن الملك لانها لا تجري فيها الخلة ومرة وفيها حق العباد فيوفر حظه عليهما فلشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال ولشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه أقوى وأحسن لان الحرية تصير مقضياً بها ولو قالوا قد كنا عبيدين فأعتقنا المولى لم نصدقهما الا بيينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البيينة فان جاء بالبينة على ذلك قبلت ذلك وأعتقهما وان كان المولى غائباً لان المشهود عليه انتصب خصماً عن المولى فانه لا يتمكن من دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلاً بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب ومتى

قضى القاضي بالبينة على خصم حاضر فذلك قضاء على من انتصب لهذا الحاضر خصما عنه فاذا خاء المولى وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره وكان من القضاء بالعتق ماضيا لان الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بالعتق حتى يحضر المولى ويقام عليه البينة لان المعتق مدعى عليه واستدل على زفر رحمه الله بما قال أرايت لو ادعى قتل رجل أنه قطع يده عمدا أو الدعى عليه قذفا وميرانا وأقام البينة أن مولاه أعتقه وإن هذا قطع يده ببد ذلك أو قدمه ألم أحكم عليه بما حكم به الحر على الحر فيكون ذلك قضاء على مولاه وإن كان غائبا وكذلك لو أقام رجل البينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده ببد ذلك لو استدان منه ديناً أو باعه أجزت ذلك وإن جاء المولى فانكر عتقه لم أكلفه إعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف إلا أن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمتخلف على المخاف لا يوضح الكلام والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في الشراء والبيع

(قال رحمه الله وإذا ادعى رجل شراء دار في يد رجل وشهد شاهدان وإن لم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة) لان الدعوى ان كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم تشهد بما الدعا المدعى ثم القاضي يحتاج الى القضاء بالعقد ويتمذر عليه القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم تشهد به الشهود وكذلك لو سمي الثمن واختلفا في جنسه أو في مقداره لان المدعى يكذب أحدهما لا محالة ولان كل واحد منهما يشهد بعقد غير ما يشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدرهم ولا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من المقدين لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك اذا شهد أحدهما بالبيع بألف والآخر بالبيع بالف وخمسمائة ويستوى ان كان البائع هو المدعى للبيع أو الشراء وفي الخلع ان كانت المرأة هي التي تدعى فكذلك الجواب لانها تكذب أحد الشاهدين وان كان الزوج هنا المدعى في الخلع فشهد أحد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسمائة فشهادتهما مقبولة في مقدار الالف لان الفرقه وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها في الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا

ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعى للعقد فالشهادة لا تقبل لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسائة والزوج يكذب أحد شاهديه وان كانت المرأة هي التي تدعى النكاح بالف وخمسائة فعند أبي حنيفة رحمه الله تقبل شهادتهما على مقدار الالف لان دعواها دعوي المال وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظاً ومعنى كما في الخلع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة لان عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما أن اختلاف الشاهدين في مقدار البذل في البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك في النكاح وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما وهو أن صحة النكاح تستغنى عن تسمية المهر بخلاف البيع فمن هذا الوجه المال كالزائد في النكاح ودعواها فيه دعوى الدين وتام بيان هذا الفصل في الجامع الصغير وان اتفق في جميع ذلك غير أنهما اختلفا في المكان والوقت في البيع أو في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهد اعلی اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمناً ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضي الى القضاء بالمقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قال أقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسم الثمن فهو جائز لان الحاجة الى القضاء بالمقد بالمالك للمدعى دون القضاء فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تقضي الى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم (ألا ترى) أن ما لا يحتاج الى قبضه فجأته لا تضر وهو المصالح عنه بخلاف ما يحتاج الى قبضه وهو المصالح عليه فاذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا الى تسليم الثمن فجأته لا تمنع القاضي من القضاء بحكم الاقرار واذا لم يقبض الثمن لا يجب على البائع تسليم البيع ما لم يصل اليه الثمن فجأته الثمن في هذه الحالة تمنع القضاء بموجب اقراره وفي الموضعين جميعاً الثابت من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعينة ولو قال بعثا منه ولم استوف الثمن لم يؤمر بتسليمها اليه ولو قال بعثا منه واستوفيت الثمن أمر بتسليمها اليه فيكذلك اذا ثبت بالبينة واذا ادعى شراء دار وأقام شاهدين عليها غير أنهما لا يعرفان الدار والحدود ولم يسميا شيئاً من ذلك فهو باطل لان الشهود به مجهول ولان المدعى غير المشهود به فالمدعى شراء دار معينة معلومة والمشهود به شراء دار مجهولة فان قال قد سمي البائع والمستري موضع الدار وحدودها ثم وصفوا ذلك وسموه فهو جائز لانهم شهدوا بمعلوم وهو الشراء في دار معلومة بذكر الحدود والموضع غير اني أسأل المدعي البينة على ما سمي الشهود من موضع الدار والحدود لان القاضي يقول للمدعي قد ثبتت عندي أنك اشتريت

منه دارا حدودها مسمى الشهود ولكن لأدري أن هذه الدار الممينة التي يدعيها هي تلك الدار وان حدودها ما سمي الشهود فثبت ذلك عندى بالبينة فاذا أقام البينة على ذلك حينئذ يتمكن القاضى من القضاء له بالمسعى بالبينة السابقة وكذلك لو حدودها بثلاثة حدود فقد بينا في أدب القاضى ان ذكر أكثر الحدود وذكر الجميع عندنا سواء استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام ذكر الحدود في العقار عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو ادعى البائع وجحد المشتري في جميع هذه الوجوه لان الحاجة الى القضاء بالعقد لافرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشتري . دار في يد رجل فأقام رجل عليها شاهدين انها داره اشتراها من فلان وأقام ذو اليد البينة انها داره اشتراها من فلان ذلك أيضا فهمى للذى في يده لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيهما كان للبائع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك اليه وسبب ذى اليد أقوى لان الشراء مع القبض أقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى الا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى بهاله لانه أثبت الشراء في وقت لا ينازعه الآخر فيه ولو أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر قضيت بهاله للمدعى لان كل واحد منهما هنا يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فكلان البائعين حضرا وادعىا الملك المطلق وبينه الخارج في ذلك أولى عندنا فاما في الاول الملك ثابت للبائع بتصادقهما وانما يحتاج كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه * يوضح الفرق أن هناك الخارج محتاج الى اثبات الاستحقاق على البائع وعلى ذى اليد في تثبته ما ثبت له الاستحقاق على البائع وليس فيها مال يثبت الاستحقاق على ذى اليد من غير المالك حادث لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا وحاجة ذى اليد الى اثبات الاستحقاق على البائع خاصة ولا حاجة له الى اثبات الاستحقاق على صاحبه لان صاحبه غير مستحق لها يبد له فيها وفي بيئته ما ثبت له ذلك فاما هنا كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الاستحقاق لبائعه أولا ليرتب عليه استحقاقه بالشراء وفيما هو المقصود بينه الخارج أولى من بيئته ذى اليد . دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه بالف درهم فان وقت أخذ بأول الوقتان لان صاحب أسبق التاريخين اثبت الملك لنفسه بالشراء في وقت لا ينازعه فيه غيره والآخر بيئته انما أثبت الشراء من غير المالك وان وقت أحد البيئتين دون الاخرى فهي لصاحب الوقت لان الشراء من غير المالك حادث في حال بمحدوثة على أقرب الاوقات حتى يثبت سبق

التاريخ فالذي لم توقت شهوده انما أثبت شراءه في الحال وصاحبه أثبت الشراء من حين أرخت شهوده فهو أولى الا أن تكون الدار في يد الآخر فهي لصاحب اليد حينئذ لان تمكن ذى اليد من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معان وفي حق الآخر التاريخ مخبر به وليس الخبر كالمأينة ولان حاجة الخارج الى اثبات الاستحقاق على ذى اليد وليس في بينته ما يوجب ذلك وان أرخت شهوده لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك لان استواء المجتنبين الحكم هو القضاء بها بينهما نصفان فقد تفرقت الصفة على كل واحد منهما وبيع بعض الملك قبل البعض والتبعض في الأملك المجتمعة عيب فيغير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك وكذلك لو كان أحدهما ابن البائع أو مكاتبه لانه في حكم الشراء منه هو كاجنبي آخر فكذلك في دعوى الشراء عليه دار في يد رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذى اليد وأقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدرى أى ذلك أول فانه يقضى بها لذى اليد وتبطل البينتان جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشتري مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له وهنا تنهار البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما معا ولم يذكر في المسئلة اختلافا هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله فان عند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين جميعا فيجعل كأن ذى اليد اشتراها أولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها الى الخارج لان القضاء بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسئلة بفروعها في الجامع قال (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو أقام البينة ان القاضي قضى له بهذه الدار على صاحبه انه يترك في يد ذى اليد وتنهار البينتان الا أن محمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول في الشراء اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لاني إن جعلت شراء ذى اليد سابقا جاز بيعه بعد القبض وان جعلت شراء الخارج سابقا لم يحجز بيعه من البائع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضاء غير ممكن ولان الشراء يتأكد بالقبض ولهذا يستفاد به ملك التصرف العقار في ذلك والمنقول عندي سواء فيستقيم ان يحمل قبض ذى اليد صادرا عند عقده أو يحمل ذلك دليل سبق عقده فاما القضاء لا يتأكد بالقبض بل متأكد بنفسه فتتحقق فيه المعارضة بين البينتين . دار في يد رجل فاقام البينة انه باعها من فلان بألف درهم في رمضان وأقام فلان البينة انه اشتراها

منه في شوال بخمسمائة درهم لان القضاء بالمقدين ممكن والبيئات حجيج فعند امكان العمل بهما لا يجوز الغاء أحدهما فيجمل كانه باعها في رمضان بألف ثم باعها في شوال بخمسمائة فيكون العقد الثاني فاسخا للعقد الاول ولو عاينا الشرائين كان الشراء الثاني فاسخا للاول والدار له بالتمن الثاني وكذلك لو أقام فلان البيعة انه وهبها له في شوال علي أن يموضه خمسمائة وقبضها جميعا لان الهبة بشرط العوض بعد التقاض بمنزلة البيع فهذا واقامة البيعة على الشراء في شوال بخمسمائة سواء ويكون العقد الثاني فاسخا للاول ولو كان أقام البيعة أنه ارتهنها منه في شوال بخمسمائة أمضيت البيع بألف في رمضان وقضيت له من ذلك بخمسمائة سواء الذي أثبت انه أعطاه في شوال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله بيعة المرتهن أولى والرهن في شوال ينقض دعوى البائع البيع في رمضان ومعنى هذا الكلام أن المرتهن أثبت بيئته اقرار الراهن بالرهن منسه في شوال فكأننا سمعنا منه هذا الاقرار لان الثابت بالبيعة كالثابت بالمعاينة ولو أقر هو بذلك لم يصح منه بعد ذلك دعوى البيع في رمضان للتناقض فالبايع لا يرهن المبيع من المشتري وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالوا البيع أقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب ذلك فعند تعذر العمل بالبيعتين يترجح الاقوى وهو البيع وكما أن المرتهن أثبت اقرار الرهن بالرهن فالبايع أثبت اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنع من دعوى الرهن في شوال فلما وقع التعارض في هذا رجحنا أقوى الحجيتين وهو حجة البيع وفي الكتاب (قال) ليس الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع والرهن ليس بيع فقد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ومعنى هذا ان الرهن دون البيع فلا يكون ناقضا للبيع (ألا ترى) أنا لو عاينا المقدين لم ينتقض البيع بالرهن وهو معنى قوله قد يرهنك دارك ولو عاينا البعين انتقض الاول بالثاني فبانتقاض الاول الدار تدور الى البائع فهذا معنى قوله لا يبيعك دارك دار في يد رجل فادعها رجلان كل واحد منهما يقيم البيعة أنه اشتراها بألف وكفل عنه صاحبه المدعى معه فان علم الاول منهما قضى له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما أن يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجيتين فان أخذها فالكفالة لازمة لكل واحد منهما على صاحبه من قبل أنها ليسا بشريكين ومعنى هذا أنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار بشرائه يفردهو به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه

وكفالة صاحبه له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك اذا قضى بذلك باليئنة. واذا أقام رجل اليئنة انه اشترى دارا في يد رجل بالف درهم وقال ذو اليد لم أبيع ثم أقام البائع اليئنة على أنه قد رد عليه الدار فاني أقبل ذلك منه واتقضى البيع ولا يبطل انكاره البيع يئنة لان انكاره ليس با كذاب منه لشهوده وانه في الانكار يقول لا يبيع بيننا فيها وبعد ما رد عليه الدار لا يبيع بينهما فيها ولو قال لم يجر بيننا يبيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بأن يقول لم يكن بيننا يبيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار على فعرفنا أن هذا الانكار ليس با كذاب منه لشهوده. واذا ادعى رجل دارا في يد رجل وأقام اليئنة ان أباه اشتراها منه بالف وقد مات أبوه والبائع ينكر فاني لا أكلفه اليئنة انه مات وتركها ميراثا ولكن أسأله اليئنة انه لا يعلم لابنه وارثا غيره فاذا أقام على ذلك يئنة أمرته أن ينقد الالف ويقبض الدار لان الابن قائم مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب في حياته وأقام اليئنة انه اشتراها منه بالف درهم أمر بتسليم الثمن وقبض الدار وكذلك الابن اذا ثبت ذلك بعد موت أبيه الا أن من الجائز أن معه من يزاحمه في الميراث فيؤمر باقامة اليئنة على أنه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقيم اليئنة على ذلك تلوم القاضي فيه زمانا فقد بينا هذا في كتاب الدعوى ولو كانت الدار في يد رجل غير البائع سأله اليئنة أن أباه مات وتركها ميراثا له لان هنا لو حضر الاب في حياته وأقام اليئنة على ذي اليد انه اشترى هذه الدار من فلان بالف وذو اليد غير البائع لا يستحق به شيأ مالم يثبت الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا كما لو أقام الاب اليئنة انها ما ملكه اشتراها من فلان (قال) في الكتاب وليس هذا كالأولى لان الأولى هي في يده رهن بالثمن بمنزلة رجل أقام اليئنة ان أباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقدمات الاب ولا وارث له غيره وجاء بالالف ينقدها ومعنى هذا ان الدار اذا كانت في يد البائع فالوارث باقامة اليئنة على الشراء أثبت اقرار ذي اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة في يده بالثمن كالمهونة فيؤمر باداء الثمن وقبضها واذا كانت في يد غير البائع فالوارث باقامة اليئنة على الشراء ما أثبت اقرار ذي اليد بالملك لمورثه انما أثبت اقرار البائع بذلك والملك للبائع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة اليئنة على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا. واذا ادعى رجل دارا في يد رجلين فأقام اليئنة أن أحدهما باعه الدار وسلم الآخر ولا يعرف الشهود الذي

باع من الذي سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك ومالم يبين الشاهد المشهود عليه بالبيع فهو مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه في شهادته لا تكون شهادته حجة ولا ينهم تحملوا الشهادة على معين منهما ثم منعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البائع بعينه . وكذلك دار في يد رجل أقام البيعة انه باعها من أحد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم باطلة لجهالة المشهود عليه . دار في يد رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعى آخر انه اشترى نصفها بخمسمائة وادعى آخر انه اشترى ثلثها بستمائة درهم وأقاموا البيعة فهم بالخيار ان شاؤوا أخذوها وان شاؤوا تركوها لان عند تعارض البيعات لا بد من أن تفرق الصفقة على كل واحد منهم فيما أثبت شراءهم فيه فالخيار كذلك فان أخذوها كان لصاحب الجميع الثلث خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثنتين نصفين وكان النصف بينهم أثلاثا ولزم كل واحد منهم حصة ما أخذ من الثمن في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل هذه المسئلة أن القسمة في هذا الفصل على طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل في شرح كتاب الدعوي وجمعنا فيها نظائر هذه المسئلة واضدا دها فنقول في تخريج قول أبي حنيفة رحمه الله لا منازعة في الثلث لمدعى النصف ومدعى الثلثين ومدعى الجميع يدعى ذلك فيسلم له الثلث ثم ما زاد على النصف الى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب الثلث وقد استوى فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان وفي النصف استوى حجة صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم أثلاثا وسهام الدار في الحاصل اثني عشر لحاجتنا الى سدس يقسم نصفين فصاحب الجميع اخذ مرة أربعة ومرة سهما ومرة سهمين فانه ما يسلم له سبعة أسهم من ثني عشر سهما وذلك نصف الدار ونصف سدسها فيلزمه ذلك القدر من الثمن وصاحب الثلثين اخذ مرة سهما ومرة سهمين وذلك ثلاثة وهو ربع الدار وصاحب النصف ما أخذ إلا سهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول وأصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين بأربعة وصاحب النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر ويقسم الدار بينهم على ذلك فان ادعاهما رجلان وأقام أحدهما البيعة على شراء الجميع والآخر البيعة على شراء النصف ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الآخر بالمنازعة ولصاحب

النصف ربهما في قول أبي حنيفة رحمه وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون الدار بينهما
 اثلاثا وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الشراء بالف والقبض وأقام البيئته فان
 عرف الاول فهي للاول لان مدعى الرهن اذا أثبت حقه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فشرائه
 الآخر بعد لا يجوز بدون اجازته وان لم يعلم فصاحب الشراء أولى لان الشراء أقوى من الرهن
 لان الشراء موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب لان الشراء يلزم بنفسه وان لم يتصل
 به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض والشراء يلزم من الجائين والرهن لا يلزم في جانب
 المرتهن لتمكنه من الرد متى شاء والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى فان أقام أحدهما البيئته على
 الشراء والآخر على الهبة والصدقة فصاحب الشراء أولى لان الشراء عقد معاوضه يلزم
 بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون أقوى من التبرع الذي لا يتم بالقبض فان أثبت صاحب
 التبرع قبضه سابقا فهو أولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وكذلك ان كانت
 الدار في يد صاحب الصدقة ولا يدري أيهما أول فصاحب الصدقة أولى لان تمكنه من
 القبض دليل سبق عقده فيكون هو أولى إلا أن يقيم صاحب الشراء البيئته انه أولى وان أقام
 كل واحد منهما البيئته انه ارتهنها بالف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبهذا تأخذ
 وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفها رهنا لان كل واحد منهما اثبت الرهن منه
 بالبيئته والقضاء بالبيئتين ممكن فان رهن الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس
 أن المحتجين لما استوتا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل
 واحد منهما في النصف شائما غير ممكن فتبطل البيئتان كما لو أقام رجلان كل واحد منهما
 البيئته على نكاح امرأة واحدة وأخذنا بالقياس لان وجه القياس أقوى فان في الرهن من رجلين
 العقد واحد وكل واحد منهما راضي بثبوت حق صاحبه في الجبس فامكن اثبات ملك اليد
 الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوخ بأن يجعل كأن المين كلاهما محبوسة بدين
 كل واحد منهما ولا يتأتى ذلك هنا لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه بعقد على حدة
 ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف
 وان رهنا من رجلين النصف من هذا بدينه والنصف من هذا بدينه لم يجز فلهذا تأخذ
 بالقياس فان ادعى أحدهما الرهن والقبض وادعى الآخر الهبة على عوض والتقابض فأقام
 البيئته فانه يقضي بهذا للذي يدعى الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض

بنزلة البيع وقد بينا انه يترجح دعوى الشراء على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت
هبة بغير عوض قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه قد نفذ ماله فيه وقد كان ينبغي في
قياس القول الذي قلنا قبل هذا ان يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا ان صاحب الهبة في القياس
أولى لانه يثبت بيئته مالك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك بيئته وكل واحد من العقدين
لا يتم الا بالقبض فيترجح الموجب للملك في السنين منها وفي الاستحسان الرهن أولى لانه
عقد ضمان فالمقبوض بحكم الرهن بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا
أقوى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن أولى وللقياس وجه آخر وهو ان
الرهن لا يرد على الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لورثته كان باطلاق وبعد الرهن
لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فمعد التعارض يترجح الوارد لكن في الاستحسان قال لا بد
من اثبات حق المرتهن فثبتت الملك للمرهنون له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب
اذا رهن الموهوب بدينه برضاء الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن
فانه بعد الرهن لو وهب يرضاء المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن أولى من
الهبة وان أقام كل واحد منهما البينة أنه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما
يقضي لكل واحد منهما بنصفها والهبة لا تتم في المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض أصحابنا
رحمهم الله ان هذا قول أنى حنيفة رحمه الله فاما عندهما ينبغي أن يقضى بها بينهما نصفان بنزلة
هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم جميعا لهما انما يجوز ان ذلك عند اتحاد العقد
والاتحاد في جانب الواهب فاما اذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز
وهنا كل واحد منهما أثبت بيئته الهبة منه في عقد على حدة فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما
بنصفها فان شهدت احدهما انه أول فهي له لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه الا خرفيه وان لم
يشهدوا بذلك وهي في يد أحدهما فهي لدى اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده واذا
كانت الدار في يد ثلاثة رهط فالدعي احدهم الجميع والاخر النصف والدعي الثالث الثلثين
وليست لهم بينة فلكل واحد منهم ما في يده لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار فدعوى كل
واحد منهم ينصرف الى ما في يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في
يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر لان صاحب الجميع يدعي
لنفسه جميع ما في يد صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب الثلثين يدعي نصف ما في يد كل

واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبيه فان حلفوا
فلسكل واحد منهم الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين في دعوى صاحب الجميع وحلف
صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكلولهما كاترارهما له بذلك أو كبد لهما له ما في أيديهما
ولكن هذا اذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه أيضا وان نكلوا
عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب الثلثين الذي في
يده ويأخذ نصف ما في يد كل واحد من صاحبه لانه يدعى ثلثي الدار ونصف ذلك وهو
الثلث في يده ونصفه في يد كل واحد منهما سدس الجميع وذلك نصف ما في يد كل واحد
منهما ونكلولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلثين
وصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع ما في يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعى نصف
الدار فثالثا ذلك النصف في يده والثلث في يد صاحبيه وذلك السدس في يد كل واحد منهما
نصف سدس الجميع وهو ربع الثلث الذي في يده فكل واحد منهما بالنكول صار مقرا له
بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحده وحلف بعضهم لبعض فصاحب
النصف يأخذ مما في يد صاحب الجميع ربع ما في يده وهو نصف سدس جميع الدار لانه
بالنكول صار مقرا له بالقدر الذي ادعاه في يده نصف سدس جميع الدار وان قامت لهم جميعا
البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر وسهما من
أربعة وعشرين سهما في قول أبي حنيفة رحمه الله لان بينة كل واحد منهم لم تقبل فيما في يده
وتقبل فيه بينة الآخر ثم القسمة عنده على طريق المنازعة في الثلث الذي في يد صاحب النصف
تقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلثين ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا
منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان للمنازعة فيحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباع وذلك اثنا
عشر فصارت سهام الدار على اثني عشر سهما ففي يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلثين يدعى
نصف ذلك وصاحب النصف يدعى ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ما ادعى من
ذلك وفي يد صاحب الثلثين أربعة صاحب الجميع يدعى جميع ذلك وصاحب النصف ربع
ذلك وثلاثة ارباع يسلم لصاحب الجميع والربع وهو سهم واحد استوت منازعتها فيه فكان
بينهما نصفان فانكسر بالانصاف فاضعف السهام فلماذا صارت الدار سهام أربعة وعشرين في
يد كل واحد منهم ثمانية ثم سلم لصاحب الجميع ما في يد صاحب النصف ستة وما في يد صاحب

الثلاثين سبعة وبقي له مما كان في يده سهمان فجعله ذلك خمسة عشر سهما وصاحب الثلاثين أخذ من يد صاحب النصف سهمين ومن يد صاحب الجميع أربعين سهمًا فذلك سنة وهو ربع جميع الدار وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الجميع سهمين ومن يد صاحب الثلاثين سهما فذلك ثلاثة وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسئلة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فإن السهام عندهما ترتفع إلى مائة وثمانين فلم يمد هنا كراهة التطويل وكذلك إذا لم يكن بينة ونكوا عن اليمين فهو ومالو أقام البينة في حكم الاستحقاق والتخريج سواء. وإذا كانت الدار في يد رجلين وعبد أحدهما والعبد مأذون عليه دين وكل واحد منهم يدعى الدار كلها فهي بينهما أثلاثا لأن المولى من كسب عبده المديون كالأجنبي فإن حق غرمائه في كسبه مقدم على حق المولى فتظهر يده في معارضة يد المولى كيد المكاتب فإن لم يكن على العبد دين فالدار بين الحربين نصفان لأن كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده في معارضة يد المولى وإنما يبقى المعتبر في الدار يد المولى ويد الأجنبي فهي بينهما نصفان بمنزلة ثوب ينزع فيه رجلان وفي يد أحدهما عامة الثوب وفي يد الآخر طرف الثوب فإنه يقضى به بينهما نصفان. دار في يد رجل يدعى رجل أنه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم باعها وأقام البينة وذو اليد يقول ليست لي فاني أقضى بالدار للمدعي لأنه أثبت الملك لنفسه بأبائه الشراء ممن كان مالكاها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله ليست لي فإنه كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين أن يده فيها ليست بيد خصومة فقضى بالدار للمدعي إلا أن يقيم ذو اليد البينة أنها حارية في يده أو باجارة أو بوكالة بالقيام عليها من رجل غير البائع فإن أقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لأنه أثبت بأن يده فيها يد حفظ لا يخصصه وهذه خمسة كتاب الدعوى فإن جاء المشتري ببينة أن ذلك الرجل ساطع على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضى له بذلك لأنه أثبت ببينته أنه أحق بحفظها منه وأنه ثبت له حق نقلها من يد ذي اليد إلى يده بامر صاحبها أيام بذلك ولو عاين ما أثبتته البينة كان له حق قبضها فكذلك إذا ثبت ذلك بالبينة والله أعلم

باب ما يكون بين الرجلين فيه خصومة

(قال رحمه الله دار في يد رجل رهن والراهن غالب فادعاهما رجل وأقام البينة فإن أقام

المرتهن البيئنة انهارهن في يده فلا خصومة بينهما) لانه أثبت بيئنته أن يده فيها يد حفظ لا يد خصومة فالمرهون عينه أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة ولئن كان مضمونا فهو ضمان لا يوجب الملك له في العين بحال ولو كان مضمونا ضمنا يوجب الملك له اذا تقرر كالمفصوب لم يكن خصما فيه لمضى الملك فاذا كان دون ذلك أولى وكذلك لو كان المرتهن الذى الدار في يده فائبا والراهن حاضرا فلا خصومة بينه وبين المدعى لان دعوى الملك لا تسمع في العين الاعلى ذى اليد واليد فيها مستحقة للمرتهن وهو غائب والاجارة والعارية في ذلك كالرهن وان لم يقيم ذو اليد البيئنة على ذلك فهو خصم لظهور يده فيها ومنفعة المدعى منها بيده فلا يخرج من خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لي ولم ينسبها الى أحد فهو خصم فيها لان بيئته على هذا لا تقبل وبدون البيئنة لا يخرج من خصومته * يوضحه انه انما يخرج ذو اليد من الخصومة اذا أحال المدعى على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال هو لرجل عارية عندي وأقام البيئنة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا تندفع بقوله ليست لي أولى وان أقر المدعى انها في يده باجارة أو عارية أو رهن فلا خصومة بينهما فيها لان اقراره ملزم اياه وقد أقر انه ليس بخصم له وان كان المدعى ادعى انه اشتراها من فلان وادعى ذو اليد أن فلانا ذلك أسكنها اياه ولم يقيم البيئنة على ذلك فلا خصومة بينهما لانها تصادق على أن أصل الملك فيها فلان فتكون أصولها الى يد ذى اليد من جهة فلان وفلان ذلك لو حضر لم يكن بينه وبين ذى اليد خصومة لا قرار ذى اليد له بها عليه فكذلك لا خصومة بينه وبين من يدعى تلقى الملك من جهة فلان الا أن يقيم المدعى البيئنة أن البائع وكله بقتضها منه فاذا أقام البيئنة على ذلك يجب على ذى اليد دفعها اليه لانه أثبت البيئنة انه أحق بامساكها وأثبت اليد عليها من ذى اليد والعروض في جميع ما ذكر كالمقار واذا كانت الدار بين شريكين فغاب أحدهما فادعى رجل أنه اشترى من الغائب نصيبه لم يكن الشريك خصما له في ذلك لانه ادعى سبب ملك جديد بينه وبين الغائب في نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يدعى قبله ولا اذا اليد مقر أن يده في نصيب الغائب من جهته فلا يكون خصما لمن يدعى بميكه عليه وان ادعى انه اشتراها أو بمضاه من الميت الذي ورثوها منه كان الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه يدعى سبب الاستحقاق على الميت وأحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعى على الميت كدعوى الدين ويستوى ان كانوا قسموا الدار أو لم يقسموا لان قسمتهم في حق المدعى اذا

ثبت فشرأوة باطل. دار في يد رجل بشراء فاسد فادعاها آخر فالمشتري خصم فيها لان المشتري يملك رقبته وكل من يملك الرقبة أو يدعيها خصم له وهذا بناء على أصلنا أن الشراء الفاسد موجب للملك بعد القبض وانما نص على حكم الملك هنا. دار في يد رجل فادعاها آخر وأقام كل واحد منهما اليقة أنه اشتراها من يد رجل واحد والمدعى هو الاول ولم ينقد الثمن والبائع غائب فاني أقضي بها للمدعى لان ذى اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعى وانما يزعم أنه يملكها من جهة البائع فيكون خصما عنه في أثبات سبب الملك عليه وقد أثبت المدعى تقدم شرائه بالبيقة فيقضى بالدار له ويستوفي منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد الثمن أعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البائع بما أدي اليه من الثمن وقد ظفر بماله من جنس حقه فيأخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي أن يمينه عليه لما ثبتت حق الاخذ وان كان فيه فضل أمسكه على البائع لانه مال الغائب فيحفظه عليه وهذا اذا كان البائع أقر عند القاضي بقبض الثمن من ذى اليد قبل غيبته فان لم يكن كذلك وأقام ذو اليد البيقة على أنه كان أعطاه الثمن لم يقض القاضي بشيء لانه يقيم البيقة على الغائب ولا يقضى القاضي على الغائب بالبيقة اذا لم يحضر عنه خصم وان كان ذو اليد لم ينقد للبائع الثمن أو كانت الدار في يده بهبة أو صدقة دفعتها الى المدعى لأثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق وأخذت الثمن منه للبائع لانه مال الغائب فيحفظ عليه والحاصل أن المشتري يحتاج الى اثبات الملك على البيع ينتفع به ويتصرف فيه ولا يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر لها فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغائب ويسلم الدار اليه ليتوصل الانتفاع بملكه. رجل باع جارية من رجل ثم غاب المشتري ولا يدري أين هو فاقام البائع على ذلك بيقة فان القاضي يسمع بينته لانه يزعم أنه قد وجب على القاضي النظر له وللمفقود في ماله فاذا أثبت ذلك بالحجة قبل القاضي ذلك منه وباع الجارية على المشتري بطريق حفظ ملكه عليه لان عين الملك لا تبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن أيسر عليه من حفظ المين فاذا باعها نقد البائع الثمن لانه ظفر بمجلس حقه من مال غريمه واستوثق منه بكفيل نظرا منه للغائب لجواز ان يكون قد استوفي الثمن وبراء المشتري من ذلك فان كان فيه فضل أمسك الفضل للمشتري وان كان وضعه فذلك على المشتري لان قبض القاضي له الجارية كقبض المشتري اياها بنفسه فيه يتقرر عليه جميع الثمن ويطالبه البائع بمقدار الوضيمة اذا حضر وان كان أبرأه المشتري لم يبع القاضي الجارية لان ثبوت الولاية للقاضي بطريق

النظر منه لهما وذلك عند الضرورة اذا كان لا يوقف على موضع المشتري فلما اذا كان يعرف ذلك فالبايع متمكن من أن يبيعه ويطلبه بالثمن وملكه مضمون على البائع بالثمن فليس للقاضي ان يبطل عليه عين ملكه لاتصال البائع الى حقه والله أعلم بالصواب

باب اختلاف الشهادة

(قال رحمه الله شاهدان شهدا ان فلانا طلق امرأته فشهد أحدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة والآخرة انه طلقها في ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لاننا نيقن بكذب أحدهما) فان الانسان في يوم واحد لا يكون بالبصرة والكوفة (ألا ترى) انه لو شهد بكل واحد من اللفظين رجلان لم تقبل الشهادة لهذا فاذا شهد لكل واحد منهما رجل واحد أولى بخلاف ما اذا شهد أحدهما انه طلقها بالكوفة والآخرة انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فهناك الشهادة تقبل لان الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان . رجل يدعى دارا في يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان أحدهما بالشراء والآخرة بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعى لا بد أن يدعى أحد السببين وبه يكون مكذبا أحد الشاهدين لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس علي واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد أحدهما بالهبة والآخرة بالصدقة أو الرهن أو الميراث أو الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك لو شهد أحدهما بالميراث والآخرة بالوصية فهو باطل للمعنيين واذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له وأنه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين علي الصدقة وقال لم يهبها لي قط وقد ادعى الهبة عند القاضي فهذا كذاب منه لشاهديه وهو تناقض منه في الكلام فقد زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعى الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها له ثم قال لم يهبها لي قط ولا تناقض أظهر من هذا ومع التناقض لا يسمع دعواه والبينة لا تقبل الا بعد دعوى صحيحة ثم له كذاب المدعى شاهدة تخرج شهادته من أن تكون حجة له وكذلك لو ادعى انها ميراث لم يشترها قط ثم جاء بعد ذلك فقال هي شراء ولم ارثها قط وجاء بشاهدين علي الشراء منذ سنة فهو باطل لمعنى التناقض والا كذاب فان ادعاها هبة ولم يقل لم يتصدق بها علي قط ثم جاء بعد ذلك بشهود علي الصدقة وقال لما جعلني الهبة سألته ان يتصدق بها علي ففعل اجزت هذا لانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح فينعدم له الا كذاب والتناقض

(ألا ترى) أنا لو عاينا ما أخبر به كان الملك ثابتاً له بحجة الصدقة فكذلك إذا أخبر به واثبتته بالينة وكذلك لو قال ورثتها ثم قال حججني الميراث فاشتريتها منه وجاء بشاهدين على الشراء لأن معنى التناقض والا كذاب انعدم بتوفيقه وهذا بخلاف ما لو كان ادعى الشراء أولاً ثم جاء بشاهدين يشهدان على أنه ورثه من أبيه لأن هذا في هذا الموضع لا وجه للتوفيق لأنه لا يمكنه أن يقول اشتريتها منه كما ادعت ثم حججني الشراء فورثتها من أبي وإذا اختلف شاهد الرهن في جنس الدين أو مقداره فالشهادة لا تقبل لا كذاب المدعى أحد الشاهدين ولأن الدين مع الرهن يتحاذيان مخافة الثمن للمبيع ثم اختلف الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع فكذلك في الرهن فإن اتفقا على ذلك واختلفا في الأيام والبلدان وهما يشهدان على معانية القبض فالشهادة جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استجسانا وفي القياس لا تقبل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى الخلاف الهبة والصدقة وإن شهدوا على إقرار الرهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس أن تمام هذه العقود بالقبض والقبض فعل واختلف الشاهدين في الوقت والزمان في الأفعال يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لأن المشهود به يختلف فالفعل الموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر بخلاف ما إذا شهدوا على الإقرار فالإقرار كلام مكرر يوضحه أنه لو شهد أحدهما بمعانية القبض والآخر بإقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل الرهن في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك إذا اختلفا في المكان والزمان والاستحسان وجهان أشار إلى أحدهما الوجهين هنا (فقال) لأن القبض قد يكون غير مرة وأشار إلى الوجه الآخر في كتاب الرهن (فقال) لأنه لا يكون رهناً ولا قبضاً إلا بإقرار الراهن ومعنى ما ذكر هنا أن القبض بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكماً لأنه يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الأول (ألا ترى) أن المرتهن إذا قبض الرهن ثم استرده الراهن منه غصباً أو أعاره المرتهن إياه ثم قبضه منه ثانية فهذا يكون هو القبض الأول حتى يكون مضموناً باعتبار قيمته عند القبض الأول فعرّفنا أنه مما يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في وقته بخلاف الغصب والقتل ولما أخذ شهما من أصلين توفر حظه عليهما (فقول) لشبهه بالأفعال صورة إذا اختلف الشاهدان في الإنشاء والإقرار لا تقبل الشهادة ولشبهه بالأقوال حكماً لا يمنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين فيه في الوقت والمكان ومعنى ما ذكر في كتاب الرهن أن حكم ضمان الرهن

لا يثبت الا باقرار الراهن أنه مرهون عندك بالدين فان بدون هذا القول اذا قبضه المرتهن
بغير اذن الراهن فهو غاصب واذا سلمه الراهن اليه فهو مودع فعرفنا أن حكمه لا يثبت
الا باقرار الراهن فباعتبار حكمه جعلناه كالاقوال وجعل شهادة الشاهدين على المعاينة فيه
وشهادتهما على الاقرار به سواء فكما أن في الشهادة على الاقرار اختلافهما في الوقت والزمان
لا يمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة. واذا طاب الرجل شفعة في دار وأقام
شاهدين على الشراء واختلفا في الثمن أو في البائع فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به
لان المدعى مكذب احدهما لا محالة ولو اتفقا على الاقرار بالشراء من واحد بمال واختلفا
فقال احدهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الآخر كنا فرادى أو قال أحدهما كنا في البيت
وقال الآخر في المسجد أو قال أحدهما كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان بالمشي فشهادتهما
جائزة لاهما اتفقا في المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم يكما حفظه وفعله في الوقت
والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كمالو اختلفا في الثياب التي كانت عليهما أو المراكب أو
فيمن حضرها وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان الوقت والمكان والوصف لم يسألها القاضي
عن ذلك ولو سألهما فقالا لا نخف ذلك لا تبطل شهادتهما ثم ذكر بعض مسائل أدب القاضي
وروي فيه حديث الشعبي رحمه الله في كتاب عمر الى معاوية رضى الله عنهما في القضاء
وقد تقدم بان ذلك في أدب القاضي وذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الحزم
أن يستشير أولى الرأي ثم يطيعهم وفيه دليل أنه لا ينبغي للقاضي أن يترك الاستشارة
وكذلك غير القاضي اذا حيز به أمر فالمشورة تلقيح للعقول وقد قال صلى الله عليه وسلم ما هلك
أمرؤ عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه رضى الله عنهم في
كل شيء حتى في قوت أهله وادابهم وفيه دليل على أنه انما يستشار أولى الرأي الكامل
ويتحرز عن مشورة ناقصات العقل من الذموان وان من استشار أولى الرأي الكامل من
الرجال فعليه أن يطيعهم اذا لم يهتمهم فيما أشاروا عليه لان فائدة المشورة لا تظهر الا بالطاعة
واذا شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد آخر أن فلانا
الذى شهداه أقرها لفلان الذى شهد عليه فهو لذي اليد لان اليدين تمارضتا في الاقرار
فيها رأيا كما لو عاين الاقرارين ويبقى الثوب في يد ذى اليد مستحقا له بيده وان كان في يدهما
فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد. دار بين رجلين فأقام كل واحد منهما اليمين

أن فلانا أقر له بها ووقتاً فهي لصاحب الوقت الآخر ولا نسبة لهذا البيع يعني إذا أقام كل واحد منهما البيعة أن فلانا باعها منه ووقتاً فهي لصاحب الوقت الأول والفرق بينهما أن كل واحد منهما يدعي أن وصولها اليه من جهة فلان ففي مسألة الاقرار الذي أقام البيعة على الوقت الآخر أثبت اقرار فلان بهاله منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فكذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه يبيته منذ سنة باقرار فلان له بها منذ سنة وذلك يمنع فلانا من أن يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها فلذا رجحنا صاحب الوقت الآخر وفي البيع ثبوت الشراء منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فكذلك لا يمنع من يدعي تملكها من جهته من أن يثبت بيعها منه منذ سنة وإذا وجب قبول يبيته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فانما أثبت الآخر بعد ذلك الشراء من غير المالك وعلي هذا لو أقام البيعة أنه باع هذه الدار من فلان منذ سنة وأقام الآخر البيعة منذ سنتين فهي للذي أقام البيعة على سنتين لأن كل واحد منهما مثبت الملك لنفسه باقامته البيعة على تملكها من فلان بالبيع فيترجح أسبق التاريخين لانعدام منازعة الآخر معه في ذلك الوقت وإذا لم يوقتا فهي لذي اليد لا تفاهما على أنها مملوكة مسلمة اليه وانما يدعي كل واحد منهما الثمن في ذمته لنفسه وقد أثبتته بالبيعة وفي الذمة سمة وإذا ادعى على رجل ألفي درهم أو ألفاً وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف والآل وخمسمائة قضى له بالالف لاتفاق الشاهدين على الالف لفظاً ومعنى فالالف وخمسمائة جملتان أحدهما معطوفة على الأخرى فبعض أحدهما الخمسمائة على الالف لا يخرج من أن يكون شاهداً له بالف لفظاً بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله فيها إذا شهد أحدهما بعشرة والآل خمسة عشر لأن هناك اختلاف في المشهود به لفظاً فخمسة عشر اسم واحد لعدد (الآل) أنه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الالف والآل فإن كان المدعي يدعي ألفاً فقد كذب الذي شهد على الف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما إلا أن يوفق فيقول كان أصل حقى ألفاً وخمسمائة لكى استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فيثبت تقبل شهادتهما على الالف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمل وإن اختلفا في جنس المال فشهادتهما باطلة لأن المدعي يكذب أحدهما ولأن المشهود به مختلف وليس على واحد من المألين شهادة شاهدين ولو شهدا على قتل أو قطع أو غصب أو عمل واختلفا في الوقت أو المكان أو فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة

لاختلافهما في المشهود به وكذلك ان شهد احدهما على الفعل والاخر على الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به وان شهد علي اقرار القائل به في وقتين مختلفين أو في مكانين مختلفين قبلت الشهادة لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في الوقت والمكان به ولو ادعى توبا فيدرجل انه رهنه منه منذ عشرة ايام فجاء بشاهدين فشهد احدهما انه وهبه منه منذ عشرة ايام والاخر منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعي مكذب أحد شاهديه وقد اقر بأنه كان مملوكا للواهب قبل عشرة ايام وذلك يمنع دعواه ماشهد به هذان هبته منذ خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعي جازت الشهادة لانه غير مكذب واحدا منهما والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين في الوقت لا يمنع قبول الشهادة فيه . واذا شهد الوصي على الميت بدين أو علي رجل بدين للميت فشهادته بالدين علي الميت صحيحة وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض لنفسه فيكون متبعا ولا تهمة فيما شهد به علي الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ هو متهم في شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه واذا شهد الوصي علي الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها عن التهمة ولا يجوز للصغار لتمكن التهمة في شهادته فحق القبض في ذلك اليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة علي البعض بحق في شهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لا يقبض للكبار شيئا وهو يقبض ما يجب للصغار فيكون في معنى الشاهد لنفسه واذا قضي القاضي علي رجل بأرض أو دار في يديه بيينة قامت عليه بذلك ودفعها الي المقضي له بينائهما ثم ان المقضي له اقر بينائهما للمقضي عليه فانه يدفع ذلك اليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار ا كذبا منه لشهوده في الأرض لان المشهود به الأرض والبناء انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا من غير ذكر وليس من ضرورة كون البناء للمشهود عليه الا ان يكون الأرض للمدعي كما شهد به الشهود وكذلك ان اقام المقضي عليه البيينة انه قد بنى فيها هذا البناء فهو له لما بينا أنه انما صار مفضيا عليه بالأصل والبناء تبع في ذلك فكذلك القضاء لا يمنع من اثبات حق نفسه في البناء وان كان المدعي حين اقام البيينة شهد الشهود ان هذه الدار لهذا المدعي بينائهما فأقر هو بالبناء للمقضي عليه أبطلت الشهادة لانه أكذب شهوده لانهم صرحوا في شهادتهم بملك البناء له مقصودا وقد كذبهم في ذلك والمدعي متى أكذب شاهدا في بعض ما شهد به بطلت شهادته في الكل كما اذا ادعى ألفا وشهد له بالف وخمسة مائة واذا وكلت امرأة رجلين بأن تزوجاها

ثم شهد ان الزوج طلقها ثلاثا وهي تدعى أو تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كان عمن فزوجا ابنت أخ لهما وهي صغيرة ثم شهدا على الطلاق أو كانا أخوين لهما زوجاها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حق الله تعالى ولا يجران الى أنفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

(قال الشيخ الأمام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املأ اعلم بأن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعا قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله أمروا به للوجوب وقال الله تعالى ولا يأتب الشهداء اذا مادعوا والنهي عن الالباء عند الدعاء أمر بالحضور لا داء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر قال صلى الله عليه وسلم في خطبته أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا أصل له بمنزلة شهادة الكافر على ذاته بما لا أصل له من شريك أو صاحب أو ولد وقال صلى الله عليه وسلم ألا أنبئكم باكبر الكبائر قالوا نعم قال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فاستوى جالسا ثم قال ألا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكت وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سميد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلمنه الملائكة في السموات والارض فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدا وذلك بأن يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال صلى الله عليه وسلم السر بالسر والملائنة بالملائنة فاذا كانت جريمته في مجلس القضاء جيرا فلتكن توبته بالرجوع كذلك ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من اظهار الرجوع في مجلس القضاء فلا أن يراقب الله تعالى خيرا له من

أن يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول في حقه وان كان مردودا فيما يرجع الى حق غيره حتى اذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطانها بالرجوع واذا رجع بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضى له والاصل فيه الحديث الذي بدأ الكتاب به ورواه عن الشامي رحمه الله أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم آتيا بعد ذلك بأخر فقال أو همتا بما السارق هذا فقال علي رضى الله عنه لهما لا أصدقكما على هذا الآخر وأضمنكما دية يد الاول ولو أني أعلمكما فلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما فقيه دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وأنه عند الرجوع ضامن ما استحق بشهادته وأنه غير مصدق في حق غيره للتناقض في كلامه والمناقض لا قول له في حق غيره ولكن التناقض لا يمنع الزامه حكم كلامه ثم الشافعي رحمه الله يستدل بالحديث في فصلين أحدهما في وجوب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد ما استوفى العقوبة بشهادتهم وزعموا أنهم تمتدوا ذلك في شهادتهم وفي أن اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو أني أعلمكما فلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما فاذا جاز قطع اليدين في يد واحدة بطريق الشهادة فبالبشارة أولى ولكننا نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد بدون التحقيق وقد تهدد الامام بما لا يتحقق قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت في التهمة لرجعت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق ثم لم يكن من على رضى الله عنه هكذا كذبا لانه علق بما لا طريق اليه وهو العلم بأنهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن هذا كذبا بهذا التمايق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالى بل فعله كبيرهم هذا فاشلوهم ان كانوا ينطقون ثم لم يكن هذا الكلام من ابراهيم صلوات الله عليه كذبا لانه علقه بما لا يكون وممنه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه أن من مذهب على رضى الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة فقد روى ذلك عنه في الكتاب فهذا تبين أن مراده التهديد وذكر عن حماد رحمه الله أنه كان يقول في الشاهدين اذا رجعا عن الشهادة بعد قضاء القاضي فإنه ينظر الى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما القاضي في الرجوع ورد القضاء وأبطله وان كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا دون ذلك لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنهما شيئا وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا ثم رجع فقال لا أبطل القضاء بقولهما لا آخر وان كان أعدل منهم يوم شهدا ولكن أضمنهما المال الذي شهدا به وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول

أن كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فالتما يترجح جانب الصدق فيه بالعدالة وحسن حال الخبر فإذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله عند ذلك أحسن فرجحان جانب الصدق في هذين الخبرين بين والظاهر أن رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضي يتبع الظاهر لانه ما وراء ذلك فيب منه وإذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عنه الشهادة فرجحان جانب الكذب في الرجوع أي بين والظاهر أنه بالرجوع قاصد الى الاضرار بالمقضى له وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق واتصال القضاء به فان الشيء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه وينقضه ما هو فوقه ولا ضمان عليه لانه ما يتناول شيئاً إنما أخبر بخبر وذلك لم يكن وجباً للاتلاف بدون القضاء والقاضي يختار في قضائه فذلك يمنع اضافة الاتلاف الى الشهادة فهذا لا يضمن الشاهد شيئاً * وجه قوله الآخر أن ظاهر العدالة ترجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعبد به معنى التناقض في الكلام وهو بالرجوع منقض في كلامه فعدالته عند الرجوع لا تعدم التناقض وكما أن القاضي لا يقضى بالكلام المتناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق يمين في الشهادة وتأكد ذلك بقضاء القاضي في حق المقضى له فيه بتعين جانب الكذب في الرجوع وإذا كانت تهمة الكذب عند الرجوع لنفسه يمنع القاضي من ابطال القضاء فتعين الكذب فيه بدليل شرعي لانه يمنعه من ابطال القضاء أولى فلو أطل القضاء باعتبار هذا المعنى أدى الى ما لا يتناهى لانه يأتي بمثل ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب إعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقراره عند الرجوع انه أتلّف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وان كان يحصل بقضاء القاضي فسبب القضاء شهادة للمشهود وانما يحال بالحكم على أصل السبب وهذا لان القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم فان بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعاً ثم السبب اذا كان تمديداً بمنزلة المباشرة في ايجاب ضمان المال وقد اقر بالتعدي في السبب الذي كان منهما وبهذا السبب سلط المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلط عليه بأبواب اليد لانفسهما ضمنا فكذلك اذا سلط الغير عليه لان وجوب الضمان للحاجة الى الجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة الى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضي لانه غير متعدي في القضاء بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهراً فتعين الشهود لايجاب الضمان عليهم وعن ابراهيم

رحمه الله قال اذا شهد شاهدان على قطع يد قضي القاضى بذلك ثم رجعا عن الشهادة فليهما
 الدية وان رجع احدهما فلي عليه نصف الدية وبه نأخذ لانهما سببا لقطع اليد بطريق هو تمدى
 منهما وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الاضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة
 عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر
 ووضع الحجر في الطريق الا أن ضمان الدية في ملهما لان وجوبه بقولهما وهو اقرارهما على
 انفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة على العاقلة واذا كان ضامنين للدية اذا رجعا كان
 احدهما ضامنا لنصف الدية اذا رجع لان بشهادة كل واحد منهما يقوم بنصف الحجة فيبقاء
 احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما
 اندمت الحجة فيه وذلك النصف وكذلك لو شهد بمال قضي القاضى به ثم رجع أحدهما
 فلي عليه نصف المال فان رجعا جميعا فليهما المال كله وهذا بخلاف ما اذا رجع قبل قضاء القاضى
 حتى امتنع القاضى من القضاء للمشهود له لانهما لم يتلقا عليه شيئا مستحقا له فالشهادة قبل القضاء
 لا توجب شيئا للمشهود له فاما بعد القضاء فقد اتفقا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من
 المال فيضمنان له ذلك وعن الشعبي رحمه الله ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا
 وفرق القاضى بينهما ثم تزوجا أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي وبه
 كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضى جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد القاضى
 المرأة الى زوجها برجوع الشاهدين ولا يفرق بينهما وبين الزوج الثاني ان كان هو الشاهد
 وقال محمد رحمه الله لا يهدق الشاهد على ابطال شهادته الاولى ولكنه يصدق على نفسه فيفرق
 بينه وبينها ان كان هو تزوجها والى هذا رجع أبو يوسف رحمه الله وأصل المسئلة أن قضاء
 القاضى بالمقود والنسوخ والنكاح والطلاق والتاق بشهادة الزور تنفذ ظاهرا وباطنا في
 قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول رحمهما الله وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد
 والشافعى رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا حتى اذا ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدى زور
 فقصي القاضى له بالنكاح وسمه أن يطأها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول رحمهما الله
 ولا يحمل له ذلك في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله وحجتهم في
 ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام فقد نهى الله تعالى
 عن أكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على أنه وان قصي القاضى له بالشراء

بشهادة الزور لا يحمل له تناوله ويكون ذلك منه أكلا باطلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم
 انكم تختصمون الى ولى لعل بضعكم الحق بمحضته من بعض فن قضيت له بشئ من حق أخيه فانما
 أقضي له بقطعة من نار والمعنى فيه أن قضاءه اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما اذا قضى
 بشهادة العبيد أو الكفار أو المحدودين في القذف وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة
 الزور وهو سبب باطل فانه كبيرة وحجة القضاء مشروعة والكبيرة ضدها واذا كانت تهمة
 الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء حقيقة الكذب أولى ولأن ما قضى به
 لا كون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح منكوبة الغير لأنسان بشهادة الزور
 وبيان الوصف أنه أظهر بقضائه نكاحا كان قد تقدم واذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور إظهاره
 بالقضاء عرفنا أنه قضى بما لا كون له ولا يجوز أن يحمل قضاؤه ان شاء لان ولاية الانشاء
 لم تثبت له فان سبب ولايته دعوى المدعى وبشهادة شهوده وهو انما ادعى عقدا سابقا وبذلك
 شهد شهوده فلا يتمكن القاضى من القضاء بما لم يدعه المدعى ولا يشهد به الشهود ولأن
 القاضى لم يقصد ان شاء العقد بينهما وانما ينفذ قضاءه على الوجه الذى قصده (ألا ترى)
 أن قضاءه في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا لهذا المعنى ولا يجعل ذلك انشاء تملك منه وبه
 فارق قضاء القاضى بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في الدين الثابت بشهادة الزور لانه
 قصد الانشاء هنا وما ظهر عنده من الحجة يصلح للانشاء أيضا وكذلك في المجتهدين ثبت
 له ولاية الانشاء بما لاح عنده من الدليل وقضاؤه ان شاء أيضا بطريق القصد منه الى ذلك
 فاما هنا انما قصد الامضاء فلا يمكن أن يجعل منشئا (ألا ترى) ان رجلا وامرأة لو أقرا
 بالنكاح وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الاقرار وهما يعلمان
 الانشاء ولكنهما بالاقرار أظهر عقدا قد كان بينهما فلا يجعل ذلك انشاء منهما ولأن المدعى
 متيقن بما لو تبين القاضى به امتنع من القضاء فلا ينفذ قضاؤه في حقه وان كان القاضى معذورا
 خلفاء هذه الحقيقة عليه كما لو كانت امرأة مجوسية أو مرتدة أو منكوبة الغير أو أخته من
 الرضاة والدليل على أن قضاءه ليس بانشاء أنه لا يستدعى شرائط الانشاء من الشهود
 والمهر والولى وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي
 على رضى الله عنه وأقام شاهدين فقضى على رضى الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم
 يكن بدايا أمير المؤمنين فزوجنى منه فانه لا نكاح بيننا فقال على رضى الله عنه شاهدك

زواجك فقد طلبت منه أن ينفق عن الزنا بل ينفق النكاح بينهما فلم يجبهما إلى ذلك ولا يقال
انما يجبهما إلى ذلك لأن الزوج لم يرض بذلك لانا نقول ليس كذلك بل الزوج راض لانه
يدعى النكاح والمرأة رضيت أيضا حيث قالت فزوجني منه وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان
الزوج راغبا فيها ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال شاهدك زواجك
أي الزماني القضاء بالنكاح ينكما فثبت النكاح بقضاء وماتل عنه في هذا الباب كالرفوع
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأى ويتبين بهذا أن
ما استدلوأ به من الآية والحديث في الاملاك الرسالة وبه يقول والمعنى فيه أنه قضى بأمر
الله تعالى فيما له فيه ولاية الانشاء وقضاؤه بأمر الله تعالى يكون نافذا حقيقة لاستحالة القول
بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان الوصف انه لما تفحص عن أحوال
الشهود وزكوا عنده سرا وعلاية وجب عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك يأثم
ويخرج ويمزل ويعذر فعرفنا أنه صار مأمورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له إلى معرفة حقيقة
الصدق والكذب من الشهادة لأن الله تعالى لم يجعل لنا طريقا إلى معرفة حقيقة الصدق من
خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا لوقوف على مالا طريق له إلى
معرفة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه التعرف عن أحوال الشهود فان استقصى
ذلك غاية الاستقصاء فقد أتى بما في وسعه وصار مأمورا بالقضاء لان ما وراء هذا ساقط عنه
باعتبار أنه ليس في وسعه ثم انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان والمأمور به أن يجعلها بقضائه
زوجته فلذلك طريقان اظهر نكاح ان كان وان شاء عقد بينهما فاذا لم يسبق منهما عقد تعذر
اظهاره بالقضاء فيتعين الانشاء اذا ليس هنا طريق آخر فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع
من الدليل الشرعي ويجعل انشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة بل قضاؤه أولى
وأقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق (ألا ترى) أن في المجتهدين صفة الزوم يثبت بانشاء
القاضي ولا يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا ان قضاؤه أقوى من انشاء الخصمين وشرط صحة
الانشاء الشهادة والحل القابل له ولا شك ان الحل شرط حتى اذا كانت المرأة منكوحه الغير
أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام الحل فكذلك الشهادة شرطه الا أن مجلس
القضاء لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولي ليس بشرط عندنا ولا حاجة إلى
ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمه بالفهوه وان لا يجتمع رجالان على امرأة واحدة أحدهما

بنكاح ظاهر له والآ خر بنكاح باطن له ففى ذلك من القبح مالا يخفى والدين مصونون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضى تقضائه ممكنا من الزنا فقيه من الفساد مالا يخفى واذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزنا ويثبت له ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمضى النظر لهما فلان يثبت له ولاية انعقاد المقد هنا لنفيها به عن الزنا ويصون قضاؤه به عن التمكن من الزنا أولى وكذلك يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب أحدهما كما قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم ان أحدكما لكاذب فكذلك يثبت له ولاية الانشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا وأمر القبلة على هذا فانه لما توجه عليه الأمر بالصلاة الى جهة القبلة وأتى بما فى وسعه فى طلب القبلة يثبت له ولاية نسب القبلة حتى أن الجهة التى أدي إليها اجتهاده تنتصب قبلة فى حقه فتجوز صلاته إليها وان تبين له الخطاء بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ما قالوا ان المدعى عالم بما لو علمه القاضى امتنع من القضاء ففى اللعان الكاذب منهما عالم بما لو علمه القاضى امتنع من التفريق ومع ذلك نفذ القضاء فى حقه لتوجه الأمر على القاضى وتوجه الأمر بالانقياد واتباع أمر القاضى فى حق الناس وهذا بخلاف ما اذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى قذف فان هذه اسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء ولكن ربما يلحقه الحرج فى ذلك فلا حرج تذر بترك الاستقصاء ولكن لم يسقط الخطاب بأصابتها حقيقة فلا يتوجه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة فاما حقيقة الصديق فلا طريق الى الوقوف عليه والأمر بالقضاء يتوجه بدونه وهو بمنزلة مالو توفى بماء أو صبي فى ثوب لم تبين أنه كان نجسا فانه يلزمه الاعادة لهذا المعنى أو هو بمنزلة مالو قضى باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الأملاك المرسلة فليس للقاضى هناك ولاية الانشاء لان تملك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية القاضى ولا لصاحب المال أيضا وفى أسباب تملك المال كثرة فلا يمكن تعيين شئ منها فمررنا انه ليس له فى ذلك الموضع إلا ولاية اظهار الملك فاذا لم يكن هناك ملك سابق فلا تصور لاظهاره بالقضاء والتكليف بحسب الوسع فهذا تبين انه لم يكن مأورا بالقضاء باطنا فاما هنا له ولاية الانشاء وطريقه متعين من الوجه الذى قلنا فاعتبار يصير مأورا بالقضاء بالنكاح بينهما حقيقة • يوضحه ان هناك القاضى لا يقول للمدعى ملكك هذا المال واعاقرى يد المدعى عليه عن المال ويأمره بالتسليم اليه ليأخذه على أنه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ فاما هنا نقول قضيت

بالنكاح بينهما وجعلتهما زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضائه اذا عرفنا هذا فنقول
اذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالفرقة
بينهما فزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء المدة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يحل للثاني أن
يطأها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينهما وبين الاول حقيقة وصحح النكاح بينهما
وبين الثاني بعد انقضاء المدة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس الاول ان يطأها لقضاء القاضي
بالفرقة بينهما وكيف يطؤها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرأة أن
يمرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثاني ان يطأها لانه يعلم أنها منكوبة الغير وانه كان كاذبا
فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه
الله ليس للثاني ان يطأها لهذا ويحل الاول ان يطأها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني
لا يحل للاول ان يطأها بعد ذلك لوجوب المدة عليها من الثاني بالوطء بالشبهة والمنكوبة اذا
وجبت عليها المدة من غير الزوج حرم على الزوج وطؤها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
عليها المدة من الثاني لانها زانية في هذا الوطء يعلمان حقيقة الأمر فهو يقول يطؤها الاول
سرا بنكاح باطن له والثاني علانية بنكاح ظاهر له وهذا قبيح فانه يودي الى اجتماع رجلين على
امرأة واحدة في طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا أنهم يقولون
معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ونحن نهى كل واحد عن مثل هذا التلبس وهو نظير
ما يقولون فيما اذا كان ادعى جارية في يد رجل أنها له وقضى القاضي له بشهادة شاهدي زور فانها
في الباطن مملوكة للاول يطؤها سرا وفي الظاهر مملوكة للثاني يطؤها علانية وهذا القبح يتقرر
فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ثم التمكن من هذا الظاهر يلتبس والناس
أطور وقليل منهم الشكور وما ذهب اليه أبو يوسف فيه نوع ضرر أيضا فان المرأة تبقى معقدة
لا ذات بعل ولا مطلقة اذ هي لا يحل للاول ولا للثاني وليس لها أن تزوج بزواج آخر
ولدفع هذا الضرر أمر الشرع بالتفريق بين المنين وامرأته فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه
ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله واتبع فيه عليا رضي الله عنه وان قضاء القاضي ينفذ وأنها
تحل بالنكاح للثاني رجل ادعى على رجل أنه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشتري
يجهل ذلك فاذا عليه شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشتري يعلم أنه لم يشتريها منه ثم رجعا
عن شهادتهما لم يصدقا على نقض البيع لان شهادتهما ماتأتد بحكم الحاكم وتناقض كلامهما

في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما اتلفا على المشتري الثمن بموض يسدله وهو الجارية فان
ماليتها مثل مائة الثمن والاتلاف بموض لا يوجب الضمان على المتلف لان وجوب الضمان
للاجبران والنقصان هنا . نجبر بموض يسدله المشتري في حل من وطئها في قول أبي حنيفة
رحمه الله لان القاضي له ولاية الانشاء في البيوع فانه يبيع التركة في الدين ويبيع مال اليتيم
والغائب لمعنى النظر فيكون قضاؤه كانشاء البيع لمعنى النظر للخصمين في ذلك وفي قول أبي
يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يحل له أن يطأها لان قضاءه قضاء لبيع كان
فاذا لم يكن بينهما بيع كان باطلا في الباطن . واذا شهد شاهدان على رجل انه قذف امرأته
بالزنا والرجل يعلم أنهما شهدا بباطل فأمره القاضي بأن يلعن هو وامرأته وفرق بينهما لم يسمع
للزوج أن يطأها ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسمعا ذلك أما عند أبي حنيفة رحمه الله
ظاهر وعندهما لان للقاضي هنا انشاء التفريق بينهما فينفذ قضاءه على الوجه الذي قصده
وقد بينا نظيره في بيع التركة في دين ثبت بشهادة الزور قال (ألا ترى) أن الزوج لو
قذفها وهو يعلم أنه كاذب فكره أن يكذب نفسه فلا عن القاضي بينهما وفرق لم يسمع الزوج
أن يطأها وان كان يعلم أنها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسمعا ذلك وان كانت تعلم
أن الزوج كاذب فيما رماها به لما أن للقاضي انشاء التفريق وهو قضاء منه في موضعه لولاية
التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال حتى اذا كان الحال معلوما لا يفرق بينهما فلا شبهة
لا يؤثر في المنع من نفوذ قضاائه على الوجه الذي قصده في اللعان وأبو حنيفة رحمه الله يقول
في هذا كله بعد قضاائه لانه مأمور باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لا طريق له الى معرفته
ساقط عنه (ألا ترى) أنه لو خلا بامرأته ولم يدخل بها ثم طلقها وأقرت هي بذلك أن لها المهر
كاملا يسمها أن تأخذه وان كانت قد علمت أن الزوج لم يقر بها ولكن لما سقط عنها ما ليس
في وسمها وأتت بما عليها من التسليم تقرر حقها في المهر ولزمها العقد فلا يسمها أن تزوج
قبل انقضاء عدتها ولا يسمع الزوج أن يتزوج أختها في عدتها فيه يتضح مما سبق من فصول
اللعان والشهادة . وكذلك لو قذف امرأته بالزنا وهو صادق فجدته المرأة ولا عن القاضي
بينهما وفرق وانقضت عدتها فهي في سعة من أن تزوج غيره وله أن يتزوج أختها
وان كانا يعلمان من زناها مالو علمه القاضي لم يفرق بينهما . واذا شهد شاهدان على رجل انه
اعتق أمته هذه فاجاز القاضي ذلك واعتقها وتزوجت ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتهما للمولى .

لان ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد أبطلنا ذلك بشهادتهما فاذا زعما بالرجوع أنهما أتلغاها
بغير حق صدقا على انفسهما وضمنا قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطؤها لانها اعتقت بحكم الحاكم
ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى ان لا تبقى هي على ملكه وبدون ملك الرقة لا يثبت له عليها
ملك الحل بغير سبب . ولو أن صبيا وصبية سبيا وكبرا وعتقا وتزوج احدهما الأخرى ثم
جاء حربى مسلما واقام بينة أنهما ولداه فقضى القاضى بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما
لم يقبل رجوعهما ولا يسع الزوج ان يطأها وان علم أنهما شهدا بزور وكيف يطؤها وقد جعلها
القاضى اخته ولم يضمن الشاهدان شيئا عندنا وعند الشافى رحمه الله يضمنان له مهر مثلها
وهذا بناء على أصل نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وهو ان البضع عند خروجه من ملك
الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلغا عليه مالا متقوما بشهادتهما وعند الشافى رحمه الله يتقوم بمهر
المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله في ملكه . ولو كانت صبية في يدى رجل
يزعم انها أمته فشهد شاهدان أنه اقراها ابنته فقضى بذلك القاضى لم يسع المولى ان يطأها
وان علم انها شهدا زور لان القاضى حكم بانها ابنته فان رجعا ضمنا قيمتها لأنهما اقراها بالرجوع
انهما أتلغاها عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه في رقبته ولو ماتت وترك ميراثا وسعه أن
يأكل ميراثها . وكذلك لو مات الأب كانت في سعة من أكل ميراثه أما في جانبها فهو واضح
لانه لا علم لها بحقيقة الأمر خالة العلوق غيب عنها وفي مثله عليها اتباع قضاء القاضى فيسمع أن
تأكل ميراثه وأما في جانبها فهو مشكل لان الميراث والنسب مما ليس للقاضى فيه ولاية الانشاء
وهو يعلم أنها ليست بابنته حقيقة فينبغى ان لا يسمعه أن يأكل ميراثها حتى قيل تأويله أنه يأكل
ميراثها بسبب الولاء لان القاضى قضى بالعتق وله فيه ولاية الانشاء فيثبت الولاء له والاصح
أن يقال لما كان للقاضى ولاية الانشاء في قطع النسب بالامان فكذلك له ولاية الانشاء في القضاء
بالنسب اذا صادف محله فقد صادف محله وهنا فانه ليس لها نسب معروف فلماذا يسمعه أن يأكل
ميراثها ولو شهدا على مال فقضى به القاضى فقبضه أو لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال اذا أخذه
المقضى له من المقضى عليه وقبل الأخذ لا يضمنهما المقضى عليه شيئا لان تحقق النقصان عند
تسليم المال الى المقضى له فاما ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان
مقدر بالمثل وهما أتلغا عليه ديننا حين الزمنا ذلك بشهادتهما فلو ضمنهما عينا قبل الاداء كان
قد استوفى منهما عينا مماثلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفي الاعيان يثبت الملك للمقضى

له بقضاء القاضى ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان الملك فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمّن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى وكذلك هذا فى العقار فان بالشهادة الباطلة يضمّن العقار كالمقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المتضى عليه والعقار يضمّن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف النصب على قول من يقول العقار لا يضمّن بالنصب ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضى به القاضى ثم رجع أحدهم لم يضمّن شيئاً لان الاصل فى ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقى على الشهادة لارجوع من رجع وقد بقى على الشهادة حجة تامة فلا يضمّن الراجع شيئاً وهذا لان الراجع وان زعم أنه متلف بشهادته عليه فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة ينمعه من الرجوع عليه على المتلف بالضمان كمن غصب مال انسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالينة فلا ضمان للمتلف عليه اذا لم يضمّنه المستحق شيئاً. ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال لانه بقى على الشهادة لم يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة فى النصف خاصة فيضمن الراجعان ذلك . ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعت امرأة فعليها ربع المال لان الثابت بشهادتها ربع المال ولانه قد بقى على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المرأتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده فعليهما نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال على الرجل النصف وعلى المرأة الربع وان رجعوا جميعاً فعلي الرجل نصف المال وعلى المرأتين النصف لان الثابت بشهادة الرجل مثل ما ثبت بشهادة المرأتين فقد قامت فى الشهادة مقام رجل واحد كما قال صلى الله عليه وسلم فى نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل . فان شهد رجل وعشر نسوة فقضى القاضى ثم رجعوا جميعاً فعلى الرجل سدس المال وعلى النساء خمسة أسداس المال فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل النصف وعلى النساء النصف لان النساء وان كثرن فى الشهادة لا يقمن الا مقام رجل واحد (ألا ترى) أن الحجة لا تتم ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال * يوضحه أن الرجل متعين فى هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر يثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وأبو حنيفة رحمه الله يقول كل

امرأتين في الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فمشر نسوة بخمسة من الرجال وهذه المسئلة بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أساسا ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة بحكم الميراث وفي الميراث عند كثرة البنات مع الابن يحمل كل اثنتين كإبن واحد ولم يحمل حالة الاختلاط بحالة أفراد البنات فعند الانفراد لا يزداد لمن على الثنتين ثم عند الاختلاط يحمل كل اثنتين كإبن فكذلك في الشهادة وهذا لأن النقصان على أدنى العدد في الشهادة يمنع القضاء فاما الزيادة على النصاب معتبر في أن القضاء يكون بشهادة الكل فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم يكن عليهن شيء لأنه قد بقي على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجل وامرأتان فان رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع المال لأن الحجة انما بقيت في ثلاثة أرباع الحق فيجب الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وليس البعض باولي من البعض في وجوب ذلك عليه فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وان رجعت العاشرة فعليها وعلى التسع نصف المال أما عندهما ظاهر لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعند أبي حنيفة رحمه الله لأنه بقي على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجع خمسة ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لأن المرأة الواحدة لا تكون شاهدة فان المرأتين شاهد واحد فالمرأة الواحد شطر الملة في كونها شاهدا وبشطر الملة لا يثبت شيء من الحكم فكان القضاء بشهادة رجلين دون المرأة فلا يضمن عند الرجوع شيئا. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال لأن الحجة بقيت في نصف المال فقد بقي امرأتان على الشهادة ثم هذا النصف عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله على الرجل خاصة لما بينا أن عندهما نصف المال متعين في أنه ثابت بشهادة الرجل ونصف ثابت بشهادة النساء وقد بقي من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته فعرفنا أن الحجة انعدمت في النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون الضمان عليه دون المرأة وينبغي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل فكل امرأة منهن إذا ضمتها إلى الأخرى كانتا شاهدا فلا يكون القضاء محالاً به على شهادة البعض دون البعض

وقد بقيت الحجة في نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجمين أثلاثا لأن الثابت
 بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة ولو رجعوا جميعا كان على الرجل النصف وعلى
 النسوة النصف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل
 خمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا في الفصل الأول . وإذا شهد رجلان وامرأتان
 ثم رجعوا فالضمان اثلاث لأن المرأتين قامتتا مقام رجل واحد فكانتاه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا
 وإذا شهد شاهدان بمال قضى به القاضى ثم ادعى المشهود عليه أنهما رجعا وأراد يمينهما فلا
 يمين عليهما في ذلك ولا تقبل عليهما به يمينه لأنه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا أن الرجوع
 فسخ للشهادة فيختص بمجلس الحكم كالشهادة فلما ان شهادتهما في غير مجلس القاضى باطلة
 فكذلك رجوعهما والحدود والقصاص في هذا كالأموال . وإذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا
 بالمال على أنفسهما من قبل الرجوع ثم جعدا ذلك فشهدت عليهما مشهود بالمال عليهما قبل الرجوع
 والضمان لم يقبل ذلك لأن الرجوع في غير مجلس القضاء باطل فأنما أشهدا على أنفسهما بالمال
 بسبب باطل وذلك لا يلزمهما شيء وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجه القاضى بذلك
 ثم أشهد الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم بالرجوع حد ولا ضمان لأنهم بالرجوع ما صاروا
 قاذفين له ولكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قدفا عند ذلك وفسخ الشهادة
 بالرجوع يختص بمجلس الحكم (قال) ولو أوجب عليهما الحد لا وجبت عليهما الضمان وقد بينا
 أنهم لا يضمنون بالرجوع في غير مجلس الحكم فلا يحدون أيضا وإذا لم يقض القاضى بشهادة
 شاهدين حتى رجعا عنهما لم يقض بها لأن القضاء يستدعى قيام الحجة عنده ولم تنبى الحجة حين رجعا
 ولأن شهادتهما تنقض بالقضاء بالرجوع قبل التأكد بطل بحيث لا يبقى له أثر ولا ضمان عليهما
 لأنهما لم يتلفا شيئا على أحد أما المشهود عليه فقد بقي المال على ملكه وأما المشهود له فلم يثبت
 له استحقاق قبل القضاء . ولو اشترى رجل دارا بألف درهم وهى قيمتها ونقده الثمن فشهد
 شاهدان أن هذا الرجل شفعها وأن هذه الدار التى هى فى يديه ملزقة بداره فقضى القاضى له
 بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لأنهما اتفعا على المشتري ملكه فيها بموضع يمد له وهو
 الثمن الذى أخذه من الشفع فان كان المشتري قد بناها فيها بناء فأمره القاضى بنقضه ضمن الشاهدان
 له قيمة بنائه لأنه كان مستحقا لقرار البناء بملكه الدار وقد شهد أن الشفع أحق بملكها منه
 فكانا متلفين للبناء عليه فيضمنان له قيمة البناء مبغيا ويكون النقص لهما بالضمان بمنزلة ما

هدماه بأيديهما وإذا رجع الشاهدان عن شهادة شهدا بها عند غير القاضي الذي شهدا عنده فانه يقضي عليهما بالضمان لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضي لا مجلس ذلك القاضي الذي شهدا عنده فرجوعهما في مجلس القاضي الآخر كرجوعهم في مجلس القاضي الذي شهدا عنده أرايت لو مات الاول أو عزل فرجع في مجلس القاضي الذي قام مقامه أليس يقضي عليهما بالضمان فكذلك اذا رجعا في مجلس القاضي الآخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤديا حتى تخصمها الى القاضي الذي شهدا عنده أول مرة وجعدا الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليهما بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنها المال لان المدعى أثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما المال به . وكذلك لو رجعا عند القاضي الذي شهدا عنده فيضمنهما ذلك ثم اختصموا الى غيره وكذلك لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاض من القضاة وانه ضمنهما ذلك فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعانية ولو سمع القاضي اقرارهما بذلك ضمنها المال فكذلك اذا اثبت المدعى ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنها المال وكتبا به على أنفسهما صكا وبسبب المال الى الوجه الذي هو له منه ثم حججا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بمال بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو أقر بذلك عند صاحب الشرط أو عامل كورة ليس القضاء اليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما أن الشهادة عند هؤلاء كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع . وإذا شهدا على رجل انه باع عبده هذا من فلان بألف درهم والبائع يجحد والمشتري يدعى ثم رجعا عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم أو أقل فلا ضمان على الشاهدين لانهما أدخلوا في ملك البائع ما يمدل ما أخرجاه عن ملكه أو يزيد عليه وهو الثمن الذي استوفاه من المشتري وان كانت قيمة العبد أكثر من ألف ضمنا الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض يمد له والبعض معتبر بالكل وكذلك كل بيع أو صرف شهدا به وان اخر المتقضى عليه الضمان عنهما جاز لان هذا تأجيل دين واجب في الذمة وهو وسائر الديون سواء ثم اذا أجل رب الدين للمدين صح هذا التأجيل فكذا هنا ولان الواجب عليهما

ليس ببذل الصرف وإنما هو بدل النصب أو مال مستهلك وقد تقدم بيان صحة التأجيل به
 وإذا كان لرجل علي رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو
 حله أو أوفاه ثم رجع ضمنا المال لانهما أتلفا عليه المال بشهادتهما فان (قيل) قد أتلفا عليه الدين
 فكيف يضمنان له العين (قلنا) قد أتلفا عليه ديناً يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك ديناً في
 ذمتها يتعين بالقبض منهما. وإن شهدا أنه أجله سنة فتضى بذلك ثم رجع قبل الحل أو بعده
 ضمنا المال للطالب لانهما فوتا عليه حق القبض بالشهادة بالتأجيل الى انقضاء الاجل وذلك
 موجب للضمان عليهما وهذا لان التأجيل في الحكم كالبراء (ألا ترى) أن المريض اذا أجل في
 دين له يعتبر خروجه من الثالث كما لو أبرأ ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل حل الاجل وكذلك
 لو رجعا بعد حل الاجل لان الضمان عليهما عند الرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالاتلاف بالشهادة
 يحصل وإذا صار ضامنين بها لا يسقط الضمان عنهما بحلول الاجل كالوكيل بالبيع ثمن حال اذا
 باع ثمن حال ثم أجل عن المشتري كان ضامناً للموكل قبل حلول الاجل وبعدة لهذا المعنى ولان
 الضامن كان ضامناً للموكل قبل حلول الاجل وبعدة ولان الضمان انما وجب عليهما بسبب
 الاتلاف لما بينا أنهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين أن ذلك لم
 يكن اتلفاً فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء أخذ المطلوب وان شاء
 أخذ الشاهد فاذا أخذ الشاهد كان لهما حق الرجوع به على المطلوب الى أجله لانهما متساويان
 ذلك المال بالضمان في ذمة المطلوب ولان الطالب حين ضمهما فقد أقامهما مقام نفسه في
 الرجوع على المطلوب فان أوى على المطلوب برى من الشاهدين لانهما قاما في ذلك مقام
 الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب ولا يكون لهما حق الرجوع على الطالب لانهما قاما
 مقامه ثم اذا أدى للطالب لا يكون له حق الرجوع على احد فكذلك للذي قام مقامه بخلاف
 الحوالة فانه اذا نوى المال على المحتال عليه يرجع به على المحيل لان تحول الحق الى ذمة المحتال
 عليه كان بشرط سلامة المال للطالب من المحتال عليه فاذا لم يسلم عاد الى ذمة المحيل وهنا أصل
 المال صار للشاهدين بالضمان مطلقاً فان خرجا كالألها وان نوى كائناً عليهما لانهما قاما في ذلك
 مقام الطالب. ولو شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه وقضى القاضى بشهادتهما
 ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للمولى في الهبة اذا أخذ
 القيمة اما لان القيمة عرض له من هبته أو لانه يزعم انه ملك العبد من الشاهدين بما أخذ

منهما من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع الى
ابطال قضاء القاضى باطل والقاضى بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضى
عليه لا من جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع في الهبة ولو لم يضمن المقضى عليه
لشاهدين فله الرجوع في العبد بقضاء القاضى لانه هو الواهب للعبد بحكم القاضى وللاواهب
ان يرجع في الهبة ما لم يصل اليه العوض فان (قيل) فذا ضمن الشاهدان القيمة ينبغي أن يكون لهما
حق الرجوع في الهبة باعتبار أنهما قاما مقام الواهب في ذلك كما في مسألة الدين (قلنا) الدين في
الذمة مال وهو يحتمل التمليك بموض ولهذا جاز الاستبدال بالدين مع من عليه الدين فيمكن ان
يجعل مملكا ولك من الشاهدين بما استوفى منهما فاما في حق الرجوع في الهبة ليس بمال محتمل
للاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق
الرجوع لهما باعتبار أنهما يقومان مقامه لانه بعد ما وصل اليه العوض لا يكون له حق الرجوع
في الهبة فلا يكون ذلك لمن قام مقامه أيضا ولو شهدا على عبد في يد رجل انه لهذا الرجل فقضى
له به وهو أبيض العين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا أو مات عند المقضى له ثم رجعا عن
شهادتهما ضمن قيمته يوم قضى به ولا يلتفت الى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة أو نقصان لان
وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة ففي القضاء بالضمان يعتبر القيمة وقت الشهادة
كما في المنصوب والمستهلك وانقول قولهما في القيمة لان الضمان يجب عليهما فالقول في مقداره
قولهما ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان وفلان مقر بالدين
فقضى القاضى به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فانكر الوكالة ثم رجعا عن
شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما بصناعته ثانيا يقبض المال فيحفظ له
والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال بقضاء القاضى حصل في يده أمانة للموكل وقد
تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا في قبض كل وديعة وغلة وميراث وغير ذلك. ولو شهد رجل
وامرأتان على ألف درهم ورجل وامرأتان عليهما وعلى مائة دينار فقضى القاضى بذلك ثم رجعا
رجل وامرأتان عن شهادتهما على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقي على الدراهم
من تتم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة في
الدنانير فلماذا لا يضمنون شرعا ولورجوعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمن الدنانير على
الذين شهدوا بها خاصة وضمان الدراهم جميعا عند أبي حنيفة اربع على كل امرأتين ربع

وعلى كل رجل ربع وعندهما ثلاث على كل رجل الثالث وعلى النسوة الثلث وان كان رجوع
الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين على أنفسهما في مرضهما
فيبدأ بالدين الصحة واذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا بالف درهم وهو يساوي
ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقصى القاضي بذلك ثم مضت الثلاثة فوجب البيع ثم رجعا
عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والتمن لأنها ألتفاه بشهادتهما بغير عوض (فان قيل)
لا كذلك فالبيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر
عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغي ان لا يضمن
الشاهدان شيئا (قلنا) زوال الملك وان كان يتأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود
به ولهذا استحق المشتري المبيع بزواته فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبائع كان
منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف بحكم
الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه والمائل يتحرز عن ذلك بمجده فلماذا لا يعتبر
تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود ولو أوجب البيع في الثلاثة لم يضمن له
الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلقا عليه
بشهادته. وكذلك لو كان شرط الخيار للمشتري وهو منكر للشراء وفي قيمة العبد نقصان
عن الثمن فان سكنت المشتري حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع وان
اختار البيع قبل الثلاثة لم يضمن له شيئا لما بينا في جانب البيع ولو شهدا برهن عبده والراهن
مقر بالدين جاحد للرهن فقصى القاضي بالقاضي بالعبد رهنا ثم رجعا فان لم يكن في قيمة العبد فضل
على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتن ولو شهد على المطلوب
بحقيقة ايفاء الدين بمال في يده هو مثل الدين لم يضمن عند الرجوع. فكذلك اذا شهدا بثبوت
يد الاستيفاء للمرتن في ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمن أيضا ما دام العبد
حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من أخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا
مات عند المرتن ضمنا ذلك الفضل لانهما ألتفا الفضل عليه بغير عوض حين أثبتا حق
الحبس فيه للمرتن ولم يسقط شيء من الدين عنه باعتباره ولو كان الراهن هو الذي ادعى
الرهن وجحد المرتن ذلك فقصى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانها ما ألتفا على المرتن
شيئا فان حقه في المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قيل وهو متمكن من رد الرهن لان

عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن (فان قيل) فلماذا تقبل البيعة عليه بذلك وهي لا تلزم شيئا (قلنا) أثبات السبب بالبيعة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم في الحال كما في البيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك في يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بملك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعي انه اخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى اتمام النصف انما استحققه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد اقر بالرجوع انهما اتلفا ذلك عليه بغير حق ولو كان الربح كله ديننا لم يضمنا شيئا حتى يقبض فما قبض منه اقتساما نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان عليهما بتفويت السيد على نفس المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين وتصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا انه اعطاه الثلث فلا ضمان عليهما في هذا الوجه اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئا بشهادتهما اذا الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول فرب المال هناك مستحق للربح باعتبار انه ماله فهما اتلفاه عليه بشهادتهما ما كان مستحقا له فيضمنان اذا رجعا ولو نوى رأس المال في الوجهين لم يضمنا شيئا لانهما ما شهدا في رأس المال بشيء انما شهادتهما في الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا انهما اشتراكا ورأس مال كل واحد منهما الف درهم على أن الربح بينهما أثلاثا وصاحب الثلث يدعي النصف وقد رجعا قبل الشهادة فقسمة القاضى بينهما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين الثلث والنصف في كل ربح كان قبل الشهادة لان كل واحد منهما مستحق لنصف الربح عند تساويهما في رأس المال والقول قول مدعي النصف لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى النصف اتلفاه بشهادتهما على من أخذ الثلث بغير حق وما ربحا فيما اشتريا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما فيه لان كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة بغير رضا صاحبه فاقدامهما على التصرف بعد قضاء القاضى بان الربح أثلاث يكون رضا منهما بذلك ورضا المتلف عليه يمنع وجوب الضمان على المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان في يدى رجل مال فشهد شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقاضى القاضى له بنصف

ما في يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لان القول قول المنكر للشركة وهو ذواليد
لولا شهادتهما فاما صار نصف ما في يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقر أنهما أتلغا بفير حق
ولو شهدا على رجل بوديعة فجدها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضى ذلك رجعا ضمنا له ما غرم
من ذلك لأنهما شهدا عليه بدين فالوديعة المبحودة دين على المودع وقد أقر بالرجوع أنهما
الزماء بفير حق فيضمنان له ما استوفى منه بذلك السبب . ولو ركب رجل بعير رجل الى مكة
فقطب فقالى رب البعير غصبنى وقال الراكب استأجرته منك بكذا وأقام عليه شاهدين
فأبرأه القاضى من الضمان وأنفذ عليه ما وجب من الاجر ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة
البعير الا مقدار ما أخذ صاحبه من الاجر لان ركوب بعير الغير موجب للضمان على الراكب
لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة ديناً على الراكب بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب
البراءة وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلغا ذلك على رب البعير فكانا ضامينين له الا أنهما هوضاه
مقدار ما شهدا له من الاجر فيطرح عليهما ذلك ولان صاحب البعير مقر أن الراكب فاصب
لا أجر له عليه وأن ما استوفى منه استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا
يرجع على الشاهدين الا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوى مائتى درهم وآخر
يوم عطب فيه يساوى ثلثمائة درهم لزيادة في يده والاجر خمسون فانهما بضمان مائتين وخمسين
درهما بحساب يوم عطب . من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما فأما عند أبى حنيفة
رحمه الله انما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب وقالوا هذا نظير الجارية المنصوبة اذا ازدادت في
بدنها ثم ياعا الفاصب وسلمها اليه فإنه كالم يذ كر اخلاف هنالم يذ كر هناك وانما ذ كر قول
أبى حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في النواذر وحكم هذه وحكم تلك سواء والاصح ان هذا
قولهم جميعا وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان غصب ولهذا
لا يضمن به الا ما يضمن بالنصب والنصب بعد الغصب في الاصل لا يتحقق من واحد
والزيادة المتصلة لا تفرد عن الاصل فاما ضمان الركوب اذا عطبت الدابة ضمان اتلاف
(الأتري) ان الحر يضمن به والاتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الاصل مع الزيادة فكان
الراكب ضامنا قيمتها حين عطبت لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمتها باعتبار تلك
الحال . رجل له على رجل الف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوى مائة درهم
يدعى أنه له فاقام المطالب شاهدين أنه رهنه اياه بالمال وقضى به ثم هلك الثوب فذهب بمائة

درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثوب انه ملكه باعتبار يده فها
ألتقا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع (فان قيل) كيف يضمنان
ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك (قلنا) عين الرهن أمانة في يد المرتهن فیده في ذلك كيد
الراهن ثم أثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن في مقدار المسائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن
فكأنهما شهدا عليه انه استوفاه مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول
هو عندي ودية وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه ففضى به ثم هلك ثم
رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يلتقا على ذی اليد عين الثوب لانه لا يدعى ملكه لنفسه وقد
كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضی فالرهن لا يكون لازما في جانب المرتهن
فيجعل امساكه الثوب بعد قضاء القاضی بأنه رهن عنده رضا منه بما شهدا عليه فلا يضمنان
له عند الرجوع شيئا بخلاف الاول فقد ألتقا عليه ملكه في الثوب هناك ولو شهد شاهدان
على رجل أنه أسلم عشرة دراهم في كرهنة الى رجل يجمع ذلك ولم يمتزقا ففضى القاضی
به وأمر بدفع العشرة اليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر
لانهما الزما المسلم اليه الكر ديناً فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين في المالية وضمان
الاتلاف يتقدر بالمثل فاذا قبضه منهما فهاضمانان اطعام مثله الا عشرة دراهم ينقص من ذلك
الكر لان مقدار العشرة حصل الاتلاف فيه بموض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع وما
زاد على ذلك ألتقاه بغير عوض فان كان رأس المال مثل الكر لم يضمن شيئا لانهما عوضاه
مثل ما ألتقا عليه والاتلاف بموض يعدل المتلف ولا يوجب الضمان على المتلف ولو شهدا على
رجل أنه أكرى شق محمل الى مكة بمائة درهم ففضى له القاضی وحمله وقبض الاجر ثم رجعا
عن شهادتهما فلا ضمان عليهما اذا كان المستأجر هو المدعى وان كان الاجر ضعف ذلك لانهما
ألتقا المنفعة على رب الابل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك عندنا ولو ألتقاه مباشرة بان
ركبا لم يضمن فاذا ألتقاه بشهادتهما أولى وان كان ادعاء صاحب الابل وجعده المستأجر ضمنا
له مما أدى ما زاد على أجر مثل البعير لانهما ألتقا عليه ما التزماء بشهادتهما من الاجر وعوضاه
من ذلك منفعه البعير والمنافع تتقوم بالعقد وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان ديناً في
الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار ما ألتقاه بموض ويضمنان ما سوى ذلك لانه لولا شهادتهما
لكان القول قول الراكب ولم يضمن شيئاً فانما تزمه الاجر بشهادتهما ولو أقر عند الرجوع

أنهما أتفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالآلاف شاهدين أنه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البيئتان عند القاضي فانه لا ينبغي له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لأن هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطه مفرغة للذمة فكيف يقضى باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده ما يفرغ الذمة ثم البراءة في معنى النسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالنسخ بعد ظهور النسخ لا يجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة ففقد بها ثم رجعوا فان القاضي يكلف المشهود له بالآلاف بالبيئة المثبتة ولا يلتفت الى ماضى لانه لم يقض بشهادتهم على أصل المال والشهادة التي لم يتصل القضاء بها لا تكون موجبة شيئا فلا بد من اعادتهم اذا أراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقا له وانما يثبت هذا الاستحقاق باعادة البيئة وان أعادهم فخصمهم في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فهم خصماؤه في ذلك ولا يتمكن من أن يلزم المدين شيئا بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضي بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلماذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدين في اعادة هذه البيئة عليهم فان شهد الشهود على الآلاف أنها على المدعى عليه في الاصل ففقد بها على شهود البراءة لانه يتحقق اتلافهم ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له ولا يرجعان بها على المشهود له بالبراءة لانهما يضمنان عند الرجوع ورجوعهما ليس بحجة في حق المشهود له بالبراءة وقال وانما يأمر القاضي مدعى المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدي البراءة بمحض منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجبران بشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كانا غصبا المال ساعة يقضى القاضي له ورجعا والله أعلم

تم الجزء السادس عشر ويلي السابعة عشر

أوله باب الرجوع عن الشهادة في الطلاق والنكاح

﴿ فهرست الجزء السادس عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢	باب انتفاض الاجارة
٧	باب الشهادة في الاجارة
٩	باب ما يضمن فيه الاجير
١٥	باب اجارة رحاء الماء
١٨	باب الكراء الى مكة
٢٣	باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته
٢٥	باب اجارة القسطاط
٣١	باب الاجارة الفاسدة
٤٧	باب اجارة حفر الآبار والقبور
٥٠	باب اجارة البناء
٥٢	باب اجارة الرقيق في الخدمة وغيرها
٥٧	باب الاستجار على ضرب اللبن وغيره
٥٩	كتاب آداب القاضي
٩٥	باب كتاب القاضي الى القاضي
١١١	كتاب الشهادات
١١٦	باب الاستحلاف
١٢٠	باب من لا تجوز شهادته
١٣٧	الشهادة على الشهادة
١٤٢	باب شهادة النساء
١٤٥	باب شهادة الزور وغيرها
١٤٩	باب الشهادة في النسب وغيره
١٥٧	باب طعن الخصم في الشهادة
١٥٩	باب الشهادة في الشراء والبيع

(١٩٩)

١٦٩ باب ما يكون بين الرجلين فيه خصومة

١٧٢ باب اختلاف الشهادة

١٧٧ كتاب الرجوع عن الشهادة

تمت فهرست



